الأحوال الشخصية

الطلاق

أبغض الحلال عند الله

تأليف

أ. د. أحمد الحجي الكردي

خبير في الموسوعة الفقهية، وعضو هيئة الفتوى في دولة الكويت

وأستاذ في كلية الشريعة بجامعة دمشق سابقًا

دار اقرأ


الطلاق
« أبغض الحلال عند الله الطلاق »
- رواه أبو داود وابن ماجه -

اسم الكتـــاب: الأحوال الشخصية الطلاق

المؤلـــــــف : أ.د.أحمد الحجي الكردي

عدد الصفحات: ٢٣٩

قياس الصفحة : ١٧×٢٤

عــدد النسخ : ١٠٠٠

رقم الطبعــــة: الأولى

دار اقرأ

للطباعة والنشر والتوزيع

سورية ـ دمشق ـ ص.ب: ٥٩٥٧

تلفاكس: ٢٢٣٩٠٣١- ١١- ٩٦٣++

لبنان ـ بيروت ـ هاتف: ٦٥١٣٢٧-١ -٩٦١++

E.mail: iqraa@scs-net.org

الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

الأحوال الشخصية

الطلاق

« أبغض الحلال عند الله الطلاق »

- رواه أبو داود وابن ماجه -

تأليف

أ.د. أحمد الحجي الكردي

خبير في الموسوعة الفقهية، وعضو هيئة الفتوى في دولة الكويت
وأستاذ في كلية الشريعة بجامعة دمشق سابقاً

دار اقرأ



مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، والتابعين، ومن تبع هداهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الزواج في التشريع الإسلامي شُرع لغايات إنسانية واجتماعية عالية، ففيه السكن النفسي، والالتئام الأسري، والمشاركة في بناء المجتمع، باستمرار النسل وحسن تربيته وتنشئته، قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَآ أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ ﴿٢٠﴾ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ [الروم: ٢١]، وقال سبحانه: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧].

ولاستدامة هذه المودة وحسن العشرة بين الزوجين أوصى الإسلام كلا من الرجل وأولياء المرأة بحسن الاختيار، فقال ﷺ للرجال: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ**» رواه البخاري. وقال لأولياء النساء: «**إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ إِلا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ**» رواه الترمذي .

كما أوصى الزوجين بأن ينظر كل منهما للآخر قبل الزواج، فقال رسول الله ﷺ للمغيرة بن شعبة عندما أراد الزواج: «**انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا**» رواه الخمسة إلا أبو داود .

وأوصى كلا من الزوجين بحسن معاملة الآخر، وجعل ذلك طريقا له إلى الجنة، فقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] . وقال رسول الله ﷺ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ مَاتَتْ وَزَوْجُهَا عَنْهَا رَاضٍ دَخَلَتْ الْجَنَّةَ**» رواه الترمذي . وقال أيضا: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ**» رواه الترمذي.

فإذا عجز الزوجان عن التوافق فيما بينهما لأسباب خارجة عنهما، بسبب الأهل، أو الجيران أو غيرهم، أو بسبب تغير مزاجهما أو مزاج أحدهما، أو بسبب مرض ألم بهما، أو بسبب تقصيرهما في حسن اختيار بعضهما أصلا، أو غير ذلك، أو أصابهما أو أصاب أحدهما ملل أو كره للآخر لأي سبب كان، فإن واجب كل منهما احتمال الآخر والصبر عليه ما أمكن، وذلك الصبر هو من أقرب القربات إلى الله تعالى، قال سبحانه: ﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾﴾ [النساء: ١٩]، وقال جل من قائل: ﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُم بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلْخَوْفِ وَٱلْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ ٱلْأَمْوَٰلِ وَٱلْأَنفُسِ وَٱلثَّمَرَٰتِ ۗ وَبَشِّرِ ٱلصَّـٰبِرِينَ ﴿١٥٥﴾ ٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَـٰبَتْهُم مُّصِيبَةٌ قَالُوٓا۟ إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّآ إِلَيْهِ رَٰجِعُونَ ﴿١٥٦﴾ أُو۟لَـٰٓئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَٰتٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَرَحْمَةٌ ۖ وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُهْتَدُونَ ﴿١٥٧﴾﴾ [البقرة: ١٥٥- ١٥٧].

فإذا استفحل الخلاف وسدت أبواب الاتفاق، وجب العود إلى الأهل من ذوي الخبرة والأمانة للتدخل والتوفيق، قال سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ

ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾ [النساء: ٣٥] .فإذا كان الخلاف أوسع مما يستطيع الحكمان التغلب عليه، ندبناهما للمخالعة الرضائية، ليستأنف بعدها كل منهما حياته الزوجية مع آخر، ربما كان الأوفق له والأقرب إلى قلبه ومزاجه، وذلك دون صخب ولا إيذاء، بل مع الإكرام والإحسان من كل منهما للآخر. قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾﴾ [النساء: ٢٠]. وقال سبحانه: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾﴾ [النساء: ١٣٠]، فإذا تعذر الاتفاق على المخالعة، كان للزوج -إذا كان هو المتضرر- أن ينفرد بالطلاق، قال ﷺ: «**إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ**» رواه ابن ماجه.

وللزوجة -إذا كانت هي المتضررة- أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها للضرر، فإذا ثبت للقاضي ذلك فرق بينهما بناء على طلبها بحكم قضائي، وحكم لها بكامل مهرها ونفقة عدتها، وبحضانتها لأولادها الصغار ما دامت صالحة ومستعدة لذلك .

إلا أنه ليس لأحد من الزوجين أن يطلق أو يطلب التفريق أو يسعى إليه قبل اتخاذ كافة الوسائل السابقة، لحديث النبي ﷺ : «**أَبْغَضُ الْحَلالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلاقُ**» رواه أبو داود وابن ماجه.

ولحَل الزوجية عند تفاقم الخلاف واستعصاء الاتفاق طرق متعددة، بعضها بيد الزوج وحده، وبعضها بيد الزوجة ينوب القاضي عنها فيها، وبعضها بيد القاضي بصفته ممثلا لحق الله تعالى(الحق العام)، وبعضها باتفاق الزوجين، وهو ما

يسمى بالمخالعة، ولكل طريق من هذه الطرق شروطه وأحواله وآثاره وأحكامه.

هذا كله عندما تكون الأسرة قامت على أسسها الشرعية المستوفية للشروط والأركان، ولم يطرأ عليها ما يمنع استمراها من الناحية الشرعية.

أما إذا قامت الأسرة على أسس ضعيفة فيها نقص أو خلل، أو طرأ عليها ما يمنع استمراها لحق الشرع، فلحلها طرق أخرى غير الطلاق، منها الفسخ، ومنها الإبطال، ومنها المتاركة، ولكل أحكامه وآثاره.

وسوف نبحث في هذا الكتاب في الطلاق وأحكامه، ثم نعقب عليه بالفسخ والإبطال والمتاركة، ونبين الفارق بين هذه المصطلحات المتعددة، من حيث الشروط والآثار.

وسوف نستوفي إن شاء الله تعالى مذاهب الفقهاء المعتبرين في كل حكم من الأحكام التي سوف نبحث فيها، ونذكر إلى جانب ذلك ما أخذت به بعض القوانين العربية للأحوال الشخصية، وبخاصة القوانين السورية والكويتية.

والله تعالى من وراء القصد، وهو أجل وأعلم.

الجمعة ٢ ربيع الأول ١٤٢٧هـ

٣١ آذار ٢٠٠٦م

أ.د.أحمد الحجي الكردي

الطـلاق

التعريف اللغوي للطلاق:

الطلاق في اللغة: الحَلُّ ورفع القيد، وهو اسم، مصدره التطليق، ويستعمل استعمال المصدر، وأصله: طَلُقَت المرأة تطلُق فهي طالق، بدون هاء، وروي بالهاء – طالقة – إذا بانت من زوجها، ويرادفه الإطلاق، يقال: طلقت وأطلقت بمعنى سرحت، وقيل: الطلاق للمرأة إذا طلقت، والإطلاق لغيرها إذا سُرح، فيقال: طلقت المرأة، وأطلقت الأسير، وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق، فقالوا: بلفظ الطلاق يكون صريحاً، وبلفظ الإطلاق يكون كنايةً.

وجمع طالق طُلق، وطالقة تجمع على طوالق، وإذا أكثر الزوج الطلاق كان مِطلاقاً ومطليقاً، وطُلَقَةً[1].

التعريف الاصطلاحي:

والطلاق في عرف الفقهاء هو: رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه[2].

والمراد بالنكاح هنا: النكاح الصحيح خاصةً، فلو كان فاسداً لم يصح فيه الطلاق، ولكن يكون متاركةً أو فسخاً.

والأصل في الطلاق أنه ملك الزوج وحده، وقد يقوم به غيره بإنابته، كما في الوكالة والتفويض، أو بدون إنابة، كالقاضي في بعض الأحوال، قال الشربيني في

---

(١) المصباح المنير، ومختار الصحاح، والمغرب، والقاموس المحيط.

(٢) الدر المختار ٣/٢٢٦-٢٢٧، والشرح الكبير ٢/٣٤٧، والمغني ٧/٢٩٦.

تعريف الطلاق نقلاً عن التهذيب: تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب، فيقطع النكاح(١).

حكم الطلاق:

اتفق الفقهاء على أصل مشروعية الطلاق، واستدلوا على ذلك بأدلة، منها:

أ - قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ب - قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡ﴾ [الطلاق:١].

ج - قول الرسول ﷺ: «**ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق**» رواه أبو داود وغيره.

د - حديث عمر رضي الله تعالى عنه: «**أن رسول الله ﷺ طلَّق حفصة ثم راجعها**» رواه أبو داود وغيره.

هـ- حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه: «**أنه طلق زوجته في حيضها، فأمره النبي ﷺ بارتجاعها ثم طلاقها بعد طهرها إن شاء**» متفق عليه.

و- إجماع المسلمين من زمن النبي ﷺ على مشروعيته.

لكن الفقهاء اختلفوا في الحكم الأصلي للطلاق:

فذهب الجمهور إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة، وقد يخرج عنها في أحوال.

وذهب آخرون إلى أن الأصل فيه الحظر، ويخرج عن الحظر في أحوال.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٧٩.

والقولان موجودان في المذهب الحنفي، قال الحصكفي: "وإيقاعه مباح عند العامة، لإطلاق الآيات، وقيل قائله الكمال، والأصح حظره، أي منعه إلا لحاجة، كريبة وكبر، والمذهب الأول، كما في البحر". ثم فسر الحصكفي ذلك بقوله: "وقولهم الأصل فيه الحظر معناه أن الشرع ترك هذا الأصل فأباحه" إلا أن ابن عابدين لا حظ على هذا التفسير ملحوظات قيمة، وعمل على رده بما نقله عن كبار أئمة السلف. وأكد أن الاتجاهين في حكم أصل الطلاق موجودان في المذهب(١).

وعلى كل فالفقهاء متفقون في النهاية على أنه تعتريه الأحكام الخمسة، فيكون مباحاً أو مندوباً أو واجباً، كما يكون مكروهاً أو حراماً، وذلك بحسب الظروف والأحوال التي ترافقه، بحسب ما يلي:

أ - فيكون واجباً كالمُولِي إذا أبى الفيئة إلى زوجته بعد التربص، على مذهب الجمهور، أما الحنفية: فإنهم يوقعون الفرقة بانتهاء المدة حكماً، وكطلاق الحَكَمين في الشقاق إذا تعذر عليهما التوفيق بين الزوجين ورأيا الطلاق، عند من يقول بالتفريق لذلك.

ب - ويكون مندوباً إليه إذا فرطت الزوجة في حقوق الله الواجبة عليها -مثل الصلاة ونحوها- وكذلك يندب الطلاق للزوج إذا طلبت زوجته ذلك للشقاق.

ج - ويكون مباحاً عند الحاجة إليه لدفع سوء خلق المرأة وسوء عشرتها، أو لأنه لا يحبها .

---

(١) الدر المختار ٣/٢٢٧-٢٢٨، والمغني ٧/٢٩٦.

د - ويكون مكروهاً إذا لم يكن ثمة من داع إليه مما تقدم، وقيل: هو حرام في هذه الحال، لما فيه من الإضرار بالزوجة من غير داع إليه.

هـ- ويكون حراماً وهو الطلاق في الحيض، أو في طهر جامعها فيه، وهو الطلاق البدعي، وسوف يأتي بيانه.

قال الدردير: "واعلم أن الطلاق من حيث هو جائز، وقد تعتريه الأحكام الأربعة: من حرمة وكراهة، ووجوب وندب"[1].

حكمة تشريع الطلاق:

لقد نبه الإسلام الرجال والنساء إلى حسن اختيار الشريك والشريكة في الزواج عند الخطبة.

فقال النبي ﷺ: «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم» رواه ابن ماجه وغيره.

وقال ﷺ: «لا تزوجوا النساء لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن فلعل أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين، ولأمة سوداء ذات دين، أفضل» رواه ابن ماجه وغيره.

وقال ﷺ: «**تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك**» رواه البخاري.

وقال ﷺ للمغيرة بن شعبة عندما خطب امرأةً: «انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» رواه الترمذي والنسائي.

---

(١) الشرح الكبير ٣٦١/٢، والدر المختار ٢٢٧/٣-٢٢٩، والمغني ٢٩٦/٧-٢٩٧، ومغني المحتاج ٣٠٧/٣.

وقال ﷺ: «**تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم**» رواه أبو داود والنسائي.

وقال ﷺ لأولياء النساء: «**إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض**» رواه الترمذي.

إلا أن ذلك كله -على أهميته- قد لا يضمن استمرار السعادة والاستقرار بين الزوجين، فربما قصر أحد الزوجين في الأخذ بما تقدم، وربما أخذا به، ولكن جد في حياة الزوجين الهانئين ما يثير بينهما القلاقل والشقاق، كمرض أحدهما أو عجزه، وربما كان ذلك بسبب عناصر خارجة عن الزوجين أصلاً، كالأهل والجيران وما إلى ذلك، وربما كان سبب ذلك انصراف القلب وتغيره، فيُبدأ بنصح الزوجين وإرشادهما إلى الصبر والاحتمال، وبخاصة إذا كان التقصير من الزوجة، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾﴾ [النساء: من الآية١٩].

إلا أن مثل هذا الصبر قد لا يتيسر للزوجين، أو لا يستطيعانه، فربما كانت أسباب الشقاق فوق الاحتمال، أو كانا في حالة نفسية لا تساعدهما على الصبر، وفي هذه الحال: إما أن يأمر الشرع بالإبقاء على الزوجية مع استمرار الشقاق الذي قد يتضاعف وينتج عنه فتنة، أو جريمة، أو تقصير في حقوق الله تعالى، أو على الأقل تفويت الحكمة التي من أجلها شرع النكاح، وهي المودة والإلفة والنسل الصالح، وإما أن يأذن بالطلاق والفراق، وهو ما اتجه إليه التشريع الإسلامي، وبذلك عُلم أن الطلاق قد يتمحض طريقاً لإنهاء الشقاق والخلاف بين الزوجين. ليستأنف الزوجان بعده حياتهما منفردين أو مرتبطين بروابط زوجية أخرى، حيث يجد كل منهما من يألفه ويحتمله، قال تعالى: ﴿وَإِن

يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ [النساء:١٣٠].

ولهذا قال الفقهاء بوجوب الطلاق في أحوال، وبندبه في أحوال أخرى -كما تقدم- على ما فيه من الضرر، وذلك تقديماً للضرر الأخف على الضرر الأشد، وفقاً للقاعدة الفقهية الكلية: "يختار أهون الشرين"[١]، والقاعدة الفقهية القائلة: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[٢].

ويستأنس في ذلك بما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه: «**أن زوجة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي ﷺ فقالت له: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، قال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم قال ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقةً**» رواه البخاري.

ومما يؤكد هذا المعنى ويزيده قوة أن كل شرائع السماء أباحت الفراق بين الزوجين، كاليهودية، وحتى النصرانية التي تقول بأبدية الزواج. فإن جل فرقها اليوم تقول بإباحة الفراق في أحوال وشروط تختلف فيما بينها توسعة وتضييقا، وذلك اعتمادا على نصوص وردت في الإنجيل المعتمد لديهم، مثل ما جاء في إنجيل مرقس قوله: (أقول لكم إن من طلّق امرأته بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزني، والذي يتزوج بمطلقة يزني)[٣].

من له حق الطلاق:

التفريق بين الزوجين بعامة حق لكل من الزوجين مجتمعين ومفترقين،

---

(١) المادة ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة ٢٧ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) إنجيل متى الإصحاح ٩ العدد ٩.

ولوليهما أيضا، وللقاضي كذلك، لكل منهم في أحوال خاصة، بشروط خاصة.

ذلك أن الرجل يملك مفارقة زوجته إذا وجد فيها ما يدعوه إلى ذلك بعبارته الخاصة وإرادته المنفردة، كنشوزها، كما تملك الزوجة إنهاء العلاقة الزوجية بإرادتها إذا وجد ما يبرر ذلك، كإعسار الزوج بالنفقة، وغيبة الزوج. وما إلى ذلك من أسباب. اختلف الفقهاء في بعضها واتفقوا في بعضها الآخر، ولكن ذلك لا يكون بعبارتها، وإنما يكون بقضاء القاضي، إلا أن يفوضها الزوج بالطلاق، فإنها في هذه الحال تملكه بقولها أيضا.

فإذا اتفق الزوجان على الفراق، جاز ذلك، وسمي مخالعة، وهو يتم بتراضيهما من غير حاجة إلى قضاء،

وكذلك القاضي، فإن له التفريق بين الزوجين إذا قام من الأسباب ما يدعوه لذلك، حمايةً لحق الله تعالى، كما في ردة أحد الزوجين المسلمين -والعياذ بالله تعالى- أو إسلام أحد الزوجين المجوسيين وامتناع الآخر عن الإسلام، وغير ذلك.

إلا أن ذلك كله لا يسمى طلاقاً، سوى الأول الذي يكون بإرادة الزوج الخاصة وعبارته.

والدليل على أن الطلاق هذا حق الزوج خاصةً قول النبي ﷺ: «**إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**» رواه ابن ماجه.

ثم إن الرجل المطلق لا يسأل عن سبب الطلاق عند إقدامه عليه، وذلك لأسباب كثيرة منها:

أ - حفظ أسرار الأسرة.

ب - حفظ كرامة الزوجة وسمعتها.

ج - العجز عن إثبات الكثير من تلك الأسباب، لأن غالب أسباب الشقاق بين الزوجين تكون خفيةً يصعب إثباتها، فإذا كلفناه بذلك نكون قد كلفناه بما يعجز عنه أو يحرجه، وهو ممنوع في الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: من الآية٧٨].

د - ثم إن في إقدام الزوج على الطلاق وتحمله الأعباء المالية المترتبة عليه، من مهر مؤجل، ونفقة ومتعة -عند من يقول بوجوبها- وأجرة حضانة للأولاد، لقرينة كافية على قيام أسباب مشروعة تدعوه للطلاق.

هـ- ولكون الطلاق مباحاً أصلاً عند الجمهور كما تقدم، إباحةً مطلقةً عن أي شرط أو قيد.

محل الطلاق:

اتفق الفقهاء على أن محل الطلاق الزوجة في زوجية صحيحة، سواء حصل فيها دخول أم لا، فلو كان الزواج باطلاً أو فاسداً، فطلَّقها، لم تطلق، لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح خاصةً، قال ابن عابدين: فهذا أيضا مؤيد لكون الطلاق لا يتحقق في الفاسد[1].

وهل يعد لفظ الطلاق في النكاح الفاسد متاركةً؟ والجواب: نعم، لكن لا ينقص به العدد، لأنه ليس طلاقاً، قال ابن عابدين: "طلق المنكوحة فاسداً ثلاثاً، له تزوجها بلا محلل، لكون الطلاق لا يتحقق في الفاسد، ولذا كان غير منقص للعدد، بل متاركة"[2].

ومن باب أولى أن الطلاق لا يقع بعد الوطء بشبهة، لانعدام الزوجية أصلاً.

---

(١) ابن عابدين ١٣٤/٣، والشرح الكبير ٣٧٠/٢.

(٢) ابن عابدين ١٣٤/٣، والشرح الكبير ٣٧٠/٢.

وذهب جمهور الفقهاء - الحنفية والمالكية والشافعية- وهو المذهب عند الحنابلة، إلى وقوع الطلاق على المعتدة من طلاق رجعي، حتى لو قال الرجل لزوجته المدخول بها: أنت طالق، ثم قال لها في عدتها: أنت طالق ثانية، كانتا طلقتين، ما لم يرد تأكيد الأولى، فإن أراد تأكيد الأولى لم تقع الثانية، ما لم تكن قرائن الحال تمنع صحة إرادة التأكيد، وذلك لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة بين الزوجين قبل انقضاء العدة، بدلالة جواز رجوعه إليها في العدة بالعقد الأول دون عقد جديد.

واتفقوا أيضا على عدم وقوع الطلاق علىالمطلقة والمفسوخ زواجها بعد انقضاء عدتها، وكذلك المطلقة التي لا عدة عليها، كالمطلقة قبل الدخول عند الجمهور، وذلك لخروجها عن الزوجية بالكلية بالطلاق الأول، وذهب الحنبلية ـ وهو قول مشهور للمالكية ـ إلى أنه إذا كرر الطلاق على غير المدخول بها بدون فصل ثلاث مرات وقع ثلاثا، وإن طلق ثم سكت قليلا ثم طلق بعد ذلك لم يقع غير الأولى، وفي قول آخر للمالكية تقع واحدة مطلقا[1].

أما المطلقة بائناً والمفسوخ زواجها إذا طلقها في عدتها، فقد اختلفوا فيها:

فذهب الجمهور إلى عدم وقوع الطلاق على المعتدة من طلاق بائن، سواء كانت البينونة صغرى أو كبرى، وكذلك المفسوخ زواجها، وذلك لانقضاء النكاح بالبينونة والفسخ. قال في مغني المحتاج: وهذه الصور السابقة كلها في زوجة موطوءة غير مخالعة، فلو قالهن لغيرها فطلقة بكل حال، لأنها تبين بالأولى، فلا يقع ما بعدها[2]، وقال في المغني: وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال، وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد

---

(١) المغني ٤١٨/٧.

(٢) مغني المحتاج ٢٩٧/٣-٢٩٢.

والحسن والشعبي ومالك والشافعي وإسحق وأبو ثور... ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه، كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها، ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية[١]، وقال الدردير: وردُّ الزوج ما خالع به بثبوت كونها مطلقة طلاقا بائنا منه وقت الخلع، لأن خلعه لم يصادف محلا (لا رجعيا) ولم تنقض العدة فلا يردها له، لأن الخلع قد صادف محلا، لأن الرجعية زوجة يلحقها الطلاق[٢].

وذهب الحنفية إلى أن المبانة بينونةَ صغرى في عدتها زوجةٌ من وجه، بدلالة جواز عودها إلى زوجها بعقد جديد أثناء العدة، ولا يجوز زواجها من غيره قبل انقضاء العدة، ولهذا فإنها محل لصحة الطلاق عندهم، وعلى هذا فلو طلق رجل زوجته المدخول بها بائناً مرةً واحدةً، ثم طلقها أخرى في عدتها كانتا اثنتين، هذا ما لم يقصد تأكيد الأولى، فإن قصد تأكيد الأولى لم تقع الثانية كما تقدم في المعتدة من طلاق رجعي.

وأما المفسوخ زواجها فلم ير الحنفية وقوع الطلاق في عدتها إذا كان سبب الفسخ حرمةَ مؤبدةً، كتقبيلها ابن زوجها بشهوة، فإن كانت الحرمة غير مؤبدة، كانت محلاً للطلاق في أحوال، وغير محل له في أحوال أخرى، ذكر ذلك ابن عابدين فقال: "ومحله المنكوحة، أي ولو معتدةً عن طلاق رجعي أو بائن غير ثلاث في حرة وثنتين في أمة، أو عن فسخ بتفريق لإباء أحدهما عن الإسلام أو بارتداد أحدهما، بخلاف عدة الفسخ بحرمة مؤبدة، كتقبيل ابن الزوج، أو غير مؤبدة، كالفسخ بخيار عتق، وبلوغ، وعدم كفاءة، ونقصان مهر، وسبي

---

(١) المغني ٧/٢٦١-٢٦٢.

(٢) الشرح الكبير ٢/٣٥٦

أحدهما، ومهاجرته، فلا يقع الطلاق فيها، كما حرره في البحر عن الفتح"[1] .

وقد ضبط ذلك الحصكفي فقال: "كل فرقة هي فسخ من كل وجه كإسلام، وردة مع لحاق، وخيار بلوغ، وعتق، لا يقع الطلاق في عدتها مطلقا، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها على نحو ما بينا"[2]، ثم ذكر الحصكفي فقال: "فروع: إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق، أما المعتدة للوطء فلا يلحقها، خلاصة"[3].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الجمهور، ونص على ذلك في المادة /٨٦/ منه، ونصها: (محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا).

وقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن الطلاق لا يقع على المعتدة مطلقا، حيث جاء في المادة /١٠٣/ منه ما يلي: (لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة).

ركن الطلاق:

ركن سائر التصرفات الشرعية القولية عند الحنفية: الصيغة التي يعبر بها عنها.

أما جمهور الفقهاء: فإنهم يتوسعون في معنى الركن، ويدخلون فيه ما يسميه الحنفية أطراف التصرف.

والطلاق بالاتفاق من التصرفات الشرعية القولية، فركن الطلاق في مذهب الحنفية هو: الصيغة التي يعبر بها عنه.

---

(١) ابن عابدين ٣/٢٣٠.

(٢) ابن عابدين ٣/٣١٢.

(٣) ابن عابدين ٣/٣١٢-٣١٣.

وعند المالكية: للطلاق أربعة أركان، هي: أهل، وقصد، ومحل، ولفظ.

وعند الشافعية: أركانه خمسة: مطلِّق، وصيغة، ومحل، وولاية، وقصد.

والأصل في الصيغة التي يعبر بها عن الطلاق الكلام، وقد ينوب عنه الكتابة أو الإشارة. ولا ينعقد الطلاق بغير ذلك، فلو نوى الطلاق دون لفظ أو كتابة أو إشارة لم يكن مطلقاً، وكذلك إذا أمر زوجته بحلق شعرها بقصد الطلاق، لا يكون مطلِّقاً أيضاً.

قال ابن عابدين: "وركنه لفظ مخصوص خال عن الاستثناء، وهو ما جعل دلالة على معنى الطلاق من صريح أو كناية، فخرج الفسوخ على ما مر، وأراد اللفظ ولو حكما ليدخل الكتابة المستبينة، وإشارة الأخرس، والإشارة إلى العدد بالأصابع في قوله: أنت طالق، هكذا، لما سيأتي، وبه ظهر أن من تشاجر مع زوجته فأعطاها ثلاثة أحجار ينوي الطلاق ولم يذكر لفظا لا صريحا ولا كناية لا يقع عليها، كما أفتى به الخير الرملي وغيره، وكذا ما يفعله بعض سكان البوادي من أمرها بحلق شعرها لا يقع به طلاق وإن نواه"[1]

شروط الطلاق:

يشترط لصحة الطلاق لدى الفقهاء شروط موزعة على أطراف الطلاق الثلاثة، فبعضها يتعلق بالمطلِّق، وبعضها بالمطلَّقة، وبعضها بالصيغة، وذلك على الوجه التالي:

الشروط المتعلقة بالمُطلِّق:

يشترط في المطلق ليقع طلاقه على زوجته صحيحاً شروط، هي:

(١) ابن عابدين ٣/٢٣٠.

الشرط الأول أن يكون من زوج:

والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح، فإذا كان العقد فاسدا، أو باطلا، لم يقع طلاقه عليها، فإذا لم يكن بينهما عقد أصلا، كان طلاقه موقوفا على إجازة الزوج إن وجد، وإلا بطل.

الشرط الثاني: البلوغ[1]:

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الصغير، مميزاً كان أو غير مميز، مراهقاً كان أو غير مراهق، أُذن له بذلك أم لا، أُجيز بعد ذلك من الولي أو لا، على سواء، ذلك لأن الطلاق ضرر محض، فلا يملكه الصغير ولو كان مميزا، ولا يملكه وليُّه. ولقول النبي ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق**»[2] رواه ابن حبان وغيره، وقوله ﷺ : «**كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه**» رواه البيهقي.

وخالف الحنبلية في الصبي الذي يعقل الطلاق. فقالوا: إن طلاقه واقع على أكثر الروايات عن أحمد، أما من لا يعقل، فوافقوا الجمهور في أنه لا يقع طلاقه. قال في المغني: "وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له، وأما الذي يعقل الطلاق، ويعلم أن زوجته تبين منه به وتحرم عليه، فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع، اختارها أبو بكر والخرقي وابن حامد. وروى أبو طالب عن أحمد: لا يجوز طلاقه حتى يحتلم، وهو قول النخعي، والزهري، وروى أبو الحارث عن أحمد: إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة. وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر، وهو اختيار أبي بكر، لأن العشر

---

(١) الدر المختار ٣/٢٣٠، ومغني المحتاج ٣/٢٧٩، والشرح الكبير ٢/٣٦٥.

(٢) المغني ٧/٣١٢.

حد الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية، فكذلك هذا، وعن سعيد بن المسيب: إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه، وقال عطاء: إذا بلغ أن يصيب النساء، وعن الحسن: إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان، وقال إسحاق: إذا جاوز اثنتي عشرة"[1].

الشرط الثالث: العقل:

ذهب الفقهاء إلى عدم صحة طلاق المجنون والمعتوه، لفقدان أهلية الأداء في الأول، ونقصانها في الثاني، فألحقوهما بالصغير غير البالغ، فلم يقع طلاقهما لما تقدم من الأدلة، وهذا في الجنون الدائم المطبق، أما الجنون المتقطع، فإن حكم طلاق المبتلى به منوط بحاله عند الطلاق، فإن طلق وهو مجنون لم يقع، وإن طلق في إفاقته وقع لكمال أهليته.

وقد ألحق الفقهاء بالمجنون النائم، والمغمى عليه، والمبرسم، والمدهوش، وذلك لانعدام أهلية الأداء لديهم، ولحديث النبي ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق**» رواه ابن حبان وغيره، وحديث: «**لا طلاق ولا عتاق في إغلاق**» رواه ابن حبان وغيره.

وأما السكران، فإن كان غير متعد بسكره، كما إذا سكر مضطراً، أو مكرهاً، أو بقصد العلاج الضروري إذا تعين بقول طبيب مسلم ثقة، أو لم يعلم أنه مسكر، لم يقع طلاقه بالاتفاق، لفقدان العقل لديه، كالمجنون، هذا إذا غاب عقله أو اختلت تصرفاته، وإلا وقع طلاقه عند الجمهور، عقابا له، وهو مذهب سعيد، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وغيرهم.

---

(١) المغني ٧/٣١٢-٣١٥.

وإن كان متعدياً بسكره، كأن شرب الخمرة طائعاً بدون حاجة، وقع طلاقه عند الجمهور رغم غياب عقله بالسكر، وذلك عقاباً له، وهو مذهب سعيد، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وغيرهم.

وذكر الحنبلية عن أحمد روايتين:

الأولى: بوقوع طلاقه كالجمهور، اختارها أبو بكر الخلال والقاضي.

والثانية: بعدم وقوع طلاقه، اختارها أبو بكر عبد العزيز، وهو قول عند الحنفية أيضاً اختاره الطحاوي والكرخي، وقول عند الشافعية، وقد روي ذلك عن عثمان رضي الله تعالى عنه، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز، والقاسم، وطاوس، وربيعة، وغيرهم.

وقد استُدل لمذهب الجمهور بأن الصحابة جعلوا السكران كالصاحي في الحد بالقذف.

كما استُدل لعدم وقوع طلاقه بأنه فاقد العقل، فكان كالمجنون والنائم، وبأنه لا فرق بين زوال العقل بمعصية أو غيرها، بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً، وأن امرأةً لو ضربت بطن نفسها فنفست، سقطت عنها الصلاة.

الشرط الرابع: القصد والاختيار:

المراد به هنا: قصد اللفظ الموجب للطلاق من غير إجبار.

وقد اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل، وهو: من قصد اللفظ، ولم يرد به ما يدل عليه حقيقة أو مجازاً، وذلك لحديث النبي ﷺ: «**ثلاث جِدُّهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة**» رواه أبو داود وابن ماجه.

ولأن الطلاق ذو خطر كبير، باعتبار أن محله المرأة، وهي إنسان، والإنسان أكرم مخلوقات الله تعالى، فلا ينبغي أن يجري في أمره الهزل، ولأن الهازل

قاصد للفظ الذي ربط الشارع به وقوع الطلاق، فيقع الطلاق بوجوده مطلقاً.

أما المخطئ، والمكرَه، والغضبان، والسفيه، والمريض، فقد اختلف الفقهاء في صحة طلاقهم على التفصيل التالي:

المخطئ:

المخطئ هنا: من لم يقصد التلفظ بالطلاق أصلاً، وإنما قصد لفظاً آخر، فسبق لسانه إلى الطلاق من غير قصد، كأن يريد أن يقول لزوجته: يا جميلة، فإذا به يقول لها خطأً: يا طالق، وهو غير الهازل، لأن الهازل قاصد للفظ الطلاق، إلا أنه غير قاصد للفرقة به، بخلاف المخطئ، فهو غير قاصد للفظ أصلا.

وقد اختلف الفقهاء في حكم طلاق المخطئ:

فذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاقه قضاءً وديانةً. هذا إذا ثبت خطؤه بقرائن الأحوال، فإذا لم يثبت خطؤه وقع الطلاق قضاءً، ولم يقع ديانةً، وذلك لحديث النبي ﷺ: «**إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**» رواه ابن حبان وغيره.

ولا يقاس حاله على الهازل، لأن الهازل ثبت وقوع طلاقه على خلاف القياس، بالحديث الشريف المتقدم، وما كان كذلك فلا يقاس غيره عليه.

وذهب الحنفية إلى أن طلاق المخطئ واقع قضاءً، ثبت خطؤه أم لا، ولا يقع ديانة، وذلك لخطورة محل الطلاق، وهو المرأة، ولأن في عدم إيقاع طلاقه فتح باب الادعاء بذلك بغير حق، للتخلص من وقوع الطلاق، وهو خطير، وذريعة يجب سدها.

المكرَه:

الإكراه هنا معناه: حمل الزوج على الطلاق بأداة مرهبة.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق المكرَه، إذا كان الإكراه شديداً، كالقتل، والقطع، والضرب المبرح، وما إلى ذلك، وذلك لحديث النبي ﷺ: «**لا طلاق ولا عتاق في إغلاق**» رواه بان حبان وغيره.

وللحديث المتقدم: «**إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**» رواه ابن حبان وغيره.

ولأنه منعدم الإرادة والقصد، فكان كالمجنون والنائم، فإذا كان الإكراه ضعيفاً، أو ثبت عدم تأثر المكرَه به، وقع طلاقه لوجود الاختيار.

وذهب الحنفية إلى وقوع طلاق المكرَه مطلقاً، لأنه مختار له بدفع غيره عنه به، فوقع الطلاق لوجود الاختيار، إلا أن يصبح المطلق كالآلة في يد المطلق لشدة الإكراه، فلا يقع طلاقه في هذه الحال، لانعدام الإرادة بالكلية.

وهذا كله في الإكراه بغير حق، فلو أكره على الطلاق بحق، كالمولِي إذا انقضت مدة الإيلاء بدون فيء، فأجبره القاضي على الطلاق، فطلق، فإنه يقع طلاقه بالإجماع.

الغضبان:

الغضب: حالة من الاضطراب العصبي، وعدم التوازن الفكري، تحل بالإنسان إذا عدا عليه أحد بالكلام أو غيره.

والغضب لا أثر له في صحة تصرفات الإنسان القولية، ومنها الطلاق، إلا أن يصل الغضب إلى درجة الدهش، فإن وصل إليها لم يقع طلاقه، لأنه يصبح كالمغمى عليه.

المدهوش:

والمدهوش هو: من غلب الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته بسبب غضب اعتراه[1].

وقسم ابن القيم الغضب أقساماً ثلاثةً. نقلها عنه ابن عابدين. وعلق عليها، فقال:

طلاق الغضبان ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله، ويعلم ما يقول ويقصده، وهذا لا إشكال فيه.

الثاني: أن يبلغ النهاية، فلا يعلم ما يقول ولا يريده، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله.

الثالث: من توسط بين المرتبتين. بحيث لم يصر كالمجنون، فهذا محل النظر، والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله.

ثم قال ابن عابدين: والذي يظهر لي أن كلاً من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل، كما هو المفتى به في السكران .. ثم قال: فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه: إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته، فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها، لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة، لعدم حصولها عن إدراك صحيح، كما لا تعتبر من الصبي العاقل.

---

(١) الدر المختار ٣/٢٤٣.

السفيه:

السفه: خفة في العقل تدعو إلى التصرف بالمال على غير وفق العقل والشرع.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفيه، لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق، ولأن السفه موجب للحجر في المال خاصةً، وهذا تصرف في النفس، وهو غير متهم في حق نفسه، فإن نشأ عن طلاق السفيه آثار مالية، كالمهر، فهي تبع لا أصل.

وخالف عطاء، وقال بعدم وقوع طلاق السفيه(١).

المريض:

المرض إذا أطلق في عرف الفقهاء انصرف إلى مرض الموت غالباً، إلا أن ينص فيه على غيره.

وقد اتفق الفقهاء على صحة طلاق المريض مطلقاً، سواء أكان مرض موت أم مرضاً عادياً، ما دام لا أثر له في القوى العقلية، فإن أثر فيها دخل في باب الجنون والعته وغير ذلك مما تقدم.

إلا أن المريض مرض موت بخاصة إذا طلَّق زوجته المدخول بها في مرضه بغير طلب منها أو رضاً طلاقاً بائناً، ثم مات وهي في عدتها من طلاقه هذا، فإنه يعد فاراً من إرثها حكماً، وترث منه رغم وقوع الطلاق عليها عند جمهور الفقهاء.

وقيد الحنفية ذلك بما إذا لم تطلب الطلاق البائن، فإذا طلبت هذا الطلاق فطلقها فلا ترث.

---

(١) الدر المختار ٢٨٣/٣، والمغني ١١٨/٧، ومغني المحتاج ٢٧٩/٣.

وخالف الشافعية، وقالوا بعدم إرث البائنة، أما المعتدة من طلاق رجعي فترث بالاتفاق.

أما المريض بغير مرض الموت، وكذلك غير المريض، فلا يتأتى في طلاقهما منه الفرار من الإرث.

وقد عالج قانون الأحوال الشخصية السوري شروط المطلِّق في المواد /٨٥-٨٩/ منه على النحو التالي:

المادة /٨٥/:

١- يكون الرجل متمتعا بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

٢-يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

المادة /٨٦/:

محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا.

المادة /٨٧/:

١- يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

٢-للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها.

المادة /٨٨/:

١- إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجَّلها القاضي شهرا أملا في الصلح.

٢- إذا أصر الزوج بعد انقضاء المدة على الطلاق أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين واستمع إلى خلافهما وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزوجية، واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهما ممن يقدرون على إزالة الخلاف.

٣- وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة، واعتبر الطلاق نافذا من تاريخ إيقاعه.

٤- تشطب المعاملة بمرور ثلاثة أشهر اعتبارا من تاريخ الطلب إذا لم يراجع بشأنها أي من الطرفين.

المادة /٨٩/:

١- لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

٢- المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول.

ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ذلك في المادة /١٠٢/ كما يلي: يقع طلاق كل زوج عاقل بالغ مختار واع لما يقول، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكرَه والمخطئ والسكران والمدهوش والغضبان إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله.

الشروط المتعلقة بالمطلقة:

يشترط في المطلقة ليقع الطلاق عليها شروط، هي:

الشرط الأول: قيام الزوجية حقيقةً أو حكماً:

وذلك بأن تكون المطلقة زوجة للمطلّق، أو معتدةً من طلاقه الرجعي، فإذا كانت معتدة من طلاق بائن أو فسخ، فقد تقدم الاختلاف فيه عند الكلام على محل الطلاق.

هذا في الطلاق المنجز.

فإذا علّق طلاقها بشرط، كأن قال: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، فإن كانت عند التعليق زوجةً صح الطلاق، وإن كانت معتدةً عند التعليق، ففيه الخلاف المتقدم في الطلاق المنجز.

فإن كانت عند التعليق أجنبيةً ثم تزوجها، ثم حصل الشرط المعلق عليه، فإن أضاف التعليق إلى النكاح -كأن قال للأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم تزوجها- طلقت منه عند الحنفية والمالكية، خلافاً للشافعية.

وإن أضافه إلى غير النكاح، بأن قال للأجنبية: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم تزوجها، ثم دخلت، لم تطلق بالاتفاق.

وكذلك إن دخلت الدار قبل الزواج، فإنها لا تطلق من باب أولى.

فإذا علق طلاق الأجنبية على غير النكاح، ونوى فيه النكاح، مثل أن يقول لها: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم تزوجها، ثم دخلت الدار المحلوف عليها، طلقت عند المالكية للنية، ولم تطلق عند الجمهور لعدم الإضافة للنكاح لفظاً[1].

الشرط الثاني: تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية.

اتفق الفقهاء على اشتراط تعيين المطلقة، وطرق التعيين ثلاثة:

الإشارة، والوصف، والنية، فأيها قدم جاز، فإذا تعارض الثلاثة، كما إذا أشار إلى إحدى زوجتيه، وقال: أنت طالق، ونوى زوجته الأخرى، أو وصف المطلقة باسمها بدون إشارة، فقال: عَمرة طالق، ونوى سَلمى زوجته الأخرى، أو كان له زوجتان إحداهما بصيرة والثانية عمياء، فأشار للعمياء، وقال: أنت طالق يا

---

(١) الدر المختار ٣/٣٤٤-٣٤٥، ومغني المحتاج ٣/٢٩٢، والشرح الكبير....

بصيرة، أو أشار إلى أجنبية وذكر اسم زوجته، وقال: أنت عَمرة طالق، أو قال: نساء الدنيا طوالق، أو قال نساء الحي طوالق، أو قال: النساء اللواتي في بيتي طوالق، أو قال لزوجاته الأربع: إحداكن طالق... فقد اتفق الفقهاء في بعضه واختلفوا في بعضه الآخر، كما يلي:

اتفق الفقهاء على أنه إذا عيَّن المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعيَّنة، كأن قال لزوجته التي اسمها عَمرة مشيراً إليها: يا عمرة، أنت طالق، قاصداً طلاقها، فإنها تطلق بالاتفاق، لتمام التعيين بذلك.

فإن أشار إلى واحدة من نسائه المتعددات دون أن يصفها بوصف، ولم ينو غيرها، وقال لها: أنت طالق، وقع الطلاق عليها بالاتفاق أيضاً، لأن الإشارة كافية للتعيين، وكذلك إذا وصفها بوصفها دون إشارة ودون قصد غيرها، فإنها تطلق أيضاً، كما إذا قال: سَلمى طالق.

فإن نوى واحدةً من نسائه، ولم يشر إليها ولم يصفها، كما إذا قال: إحدى نسائي طالق، ونوى واحدةً منهن، فإنها تطلق دون غيرها، وكذلك لو قال: امرأتي طالق، وليس له غير زوجة واحدة، فإنها تطلق.

فإن أشار إلى واحدة من نسائه، ووصف غيرها، بأن قال لإحدى زوجاته واسمها سَلمى: أنت يا عَمرة طالق، وكانت الأخرى اسمها عمرة، طلقت المشار إليها عند الحنفية قضاءً، ولم تطلق عَمرة، للقاعدة الفقهية الكلية: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر[1]، وكذلك إذا أشار إليها ووصفها بغير وصفها، فإنها تطلق، كما إذا قال لامرأته، أنت يا غزالة طالق، للقاعدة السابقة.

---

(١) المادة ٦٥ من مجلة الأحكام العدلية.

فإذا لم يشر إليها، ولكن وصفها بوصف هو فيها، وعنى به غيرها، كأن قال: زوجتي سَلمى طالق، وقصد غيرها، دُيِّن، إن كان له زوجة اسمها سَلمى، فإن لم يكن له لم يقع الطلاق عليها ديانة ولا قضاء، لعدم التعيين أصلا، وعدم احتمال اللفظ للنية.

فإن قال: نساء الدنيا كلهن طوالق، ونوى زوجته، طلقت زوجته عند الحنفية، فإن لم ينوها لم تطلق، وإن قال: نساء محلتي كلهن طوالق، طلقت زوجته، نواها أو لم ينوها، فإن قال: نساء مدينتي كلهن طوالق، فإن نوى زوجته فيهن طلقت، وإلا، فقد ذهب أبو يوسف إلى عدم طلاقها، وهو رواية عن محمد بن الحسن أيضاً، وفي رواية أخرى عن محمد بن الحسن أنها تطلق، كما في نساء الحي[1].

ولو كان له زوجتان، سلمى وعمرة، فدعى سلمى، فأجابته عمرة، فظنها سلمى، فطلقها، طلقت سلمى ديانة وقضاء عند المالكية للقصد، أما عمرة فتطلق قضاء لا ديانة، لعدم القصد[2]، وذهب الشافعية إلى طلاق المجيبة في الأصح، أما المناداة فلم تطلق، وفي قول آخر لم تطلقا[3].

ولو قال: نساء المسلمين طوالق، لم تطلق امرأته في الأصح عند الشافعية، ولو كان له زوجتان: سلمى وعمرة، فدعا سلمى فأجابته عمرة، فظنها سلمى فطلقها، طلقت سلمى ديانةً وقضاءً عند المالكية للقصد، أما عمرة فتطلق قضاءً لا ديانةً لعدم القصد.

وذهب الشافعية إلى طلاق المجيبة في الأصح، أما المناداة فلم تطلق، وفي قول آخر لم تطلقا.

---

(١) الدر المختار ٣/٢٩٢-٢٩٤.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٢/٣٦٦-٣٦٧.

(٣) معني المحتاج ٣/٣٢٧.

ولو قال الرجل لزوجته وأجنبية معها: إحداكما طالق، ثم قال: قصدت الأجنبية، قُبِل قوله في الأصح لدى الشافعية، لاحتمال كلامه ذلك، فتقدم النية، وفي قول آخر تطلق زوجته، لأنها محل الطلاق دون الثانية، فلا يصرف قوله إلى قصده، للقاعدة الفقهية الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله[1]، فإن لم يكن له قصد أصلا طلقت زوجته قولا واحدا، للقاعدة السابقة، وهذا لأن الأجنبية محل الطلاق بالجملة، فلو قال لزوجته ورجل: أحدكما طالق، وقصد الرجل، بطل قصده، وطلقت زوجته، لأن الرجل ليس محل الطلاق أصلاً.

ولو قال لإحدى زوجتيه: إحداكما طالق إن فعلتُ كذا، ثم فعل المحلوف عليه بعد موت إحداهما، تعينت الثانية الحيَّة للطلاق، وطلقت[2].

ونص الحنبلية على أنه لو قال لزوجاته الأربع: إحداكن طالق، فإن كان له نية طلقت التي نواها، وإن لم يكن له نية أقرع بينهن، ومن وقعت القرعة عليها كانت هي المطلقة، وقال مالك: طلقن جميعاً، وذهب الجمهور إلى أنه يخيَّر، ويقع الطلاق على من يختارها منهن للطلاق.

فإن طلق واحدةً من نسائه ونسيها، أخرجت المطلقة بالقرعة أيضاً عند الحنبلية[3]، وعند أكثر الفقهاء لا يعول على القرعة، لبيان من وقع الطلاق عليها، ولكن على تعيينه هو.

وتطليق جزء المُطلَّقة كتطليقها كلها، إذا كان الجزء شائعاً وأضافه إليها، كقوله لزوجته: نصفك طالق، أو ثلثك، أو ربعك، أو جزء من ألف منك ... فإن أضافه إلى جزء معين منها، فإن كان هذا الجزء المعين ثابتاً فيها وجزءاً لا يتجزأ

---

(١) المادة ٦٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٠٤-٣٠٥.

(٣) المغني ٧/٤٣٤-٤٤٠.

منها، كرأسها، وبطنها ... فكذلك الحكم، وإن كان غير ثابت، كلعابها، وعَرَقها، وسائر فضلاتها لم تطلق، وهذا مذهب الجمهور.

وذهب الحنفية إلى أنه إن طلق جزءاً شائعاً منها طلقت، وإن طلق جزءاً معيناً، فإن كان مما يعبر به عنها عادةً كالرأس، والوجه، والرقبة، والظهر والفرْج... طلقت، وإن كان لا يعبر به عنها عادة، كالبضع والدم... لم تطلق، فإن تعارفه الناس طلقت به أيضاً.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري على عدم وقوع الطلاق المعلق على شرط إذ لم يقصده المطلق في المادة /٩٠/ منه، ونصها كما يلي: لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الأخبار لا غير.

وقانون الأحوال الشخصية الكويتي نص على قريب من ذلك في المادة /١٠٥/ منه، ونصها كما يلي: يشترط في الطلاق أن يكون منجزا.

الشروط المتعلقة بصيغة الطلاق (الركن):

صيغة الطلاق هي اللفظ المعبر به عنه -كما تقدم- إلا أنه يستعاض عن اللفظ في أحوال بالكتابة أو الإشارة.

ولكل من اللفظ والكتابة والإشارة شروط لا بد من توافرها فيه، وإلا لم يقع الطلاق، وهذه الشروط هي:

أ - شروط اللفظ:

يشترط في اللفظ المستعمل في الطلاق شروط، إذا فاتت أو فات واحد منها فسد ولم يقع به الطلاق، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: القطع أو الظن بحصول اللفظ وفهم معناه:

المراد به هنا: حصول اللفظ وفهم معناه، وليس نية وقوع الطلاق به، وقد تكون نية الوقوع شرطاً في أحوال، كما سيأتي.

وعلى هذا إذا حلف المطلِّق بشيء، ثم شك أكان حلفه بطلاق أم بغيره، فإنه لغو، ولا يقع به شيء، وكذلك إذا شك أطلَّق أم لا؟ فإنه لا يقع به شيء من باب أولى، فإن تيقن أو ظن أنه طلق ثم شك في العدد، أطلَّق واحدةً، أم ثنتين، أم أكثر من ذلك؟ بنى على الأقل، لحصول اليقين أو الظن به، والشك فيما فوقه، والشك لا يثبت به حكم شرعي، بخلاف الظن واليقين، وهذا عند الطرفين من الحنفية، وعليه المالكية والشافعية، وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أنه يتحرى، فإن استويا عنده عمل بأشد ذلك عليه احتياطاً في قضايا الفروج، قال ابن عابدين تعليقاً على ذلك: ويمكن حمل الأول على القضاء، والثاني على الديانة[1].

فإذا نوى التلفظ بالطلاق ثم لم يتلفظ به، لم يقع بالاتفاق، لانعدام اللفظ أصلاً، وخالف الزهري، وقال بوقوع طلاق الناوي له من غير تلفظ[2].

ودليل الجمهور قول النبي ﷺ: «**إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم**» رواه البخاري.

ولو لَقَن أعجمي لفظ الطلاق وهو لا يعرف معناه، فقال، لم يقع به شيء، وكذلك عربي إذا لقن لفظاً أعجمياً يفيد الطلاق وهو لا يعرف ذلك، لم يقع مطلقاً[3].

---

(١) الدر المختار وابن عابدين عليه ٢٨٣/٣-٢٨٤، والشرح الكبير ٤٠١/٢، ومغني المحتاج ٢٨٠/٣و٣٠٣، والمغني ٣١٨/٧، والقولنين الفقهية ص ٢٥٥.

(٢) المغني ٣١٨/٧، والقوانين الفقهية ص ٢٥٥.

(٣) مغني المحتاج ٢٨٩/٣.

الشرط الثاني: نية وقوع الطلاق باللفظ:

وهذا خاص بالكنايات من الألفاظ، أما الصريح فلا يشترط لوقوع الطلاق به نية الطلاق أصلاً، واستثنى المالكية بعض ألفاظ الكناية، حيث أوقعوا الطلاق بها من غير نية، كالصريح، وهي الكنايات الظاهرة، كقول المطلّق لزوجته: سرحتك، فإنه في حكم: طلقتك، ووافقهم الحنبلية في ذلك على ما ذكره القاضي، خلافا لما فهم من كلام الخرقي، وذكر في نيل المآرب أن لفظ سراح من الكنايات، فيحتاج للنية[1].

وهل تقوم قرائن الأحوال والعرف مقام النية في الكنايات؟

ذهب الحنفية والحنبلية إلى ذلك[2]، وخالف المالكية والشافعية، وقالوا: لا عبرة بالعرف وقرائن الحال، وعلى ذلك، إذا قال الرجل لزوجته: أنت عليَّ حرام، فإن قصد به طلاقها طلقت عند جمهور الفقهاء للنية، وقال الحنبلية: يكون ظهاراً، وإن لم يقصد به الطلاق لم تطلق عند المالكية والشافعية، وتطلق عند متأخري الحنفية والحنبلية، لجريان العرف به، وكذلك إذا كان في حالة الغضب، فإنه قرينة على قصده الطلاق.

وهل يقع الطلاق بلفظ لا يحتمله أصلاً، كقوله لها: اسقني ماءً، إن لم ينو به الطلاق لم يقع به شيء بالإجماع، وإن نوى به الطلاق وقع الطلاق به عند المالكية على المشهور[3]، ولا يقع به شيء على مذهب الجمهور، وهو قول ثان للمالكية.

---

(١) المغني ٣٢٦/٧، والدسوقي ٣٦٥/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٥٣.

(٢) المغني ٣٢٢/٧، ولاختيار ١٣٢/٣.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٥٤.

شروط الكتابة:

اشترط الفقهاء لوقوع الطلاق بالكتابة شرطين:

الشرط الأول: أن تكون مستبينةً:

والمقصود أن تكون مكتوبةً بشكل ظاهر يبقى له أثر يثبت به، كالكتابة على الورق أو الأرض، بخلاف الكتابة في الهواء أو الماء، فإنها غير مستبينة، ولا يقع بها الطلاق، وهذا لدى الجمهور، وفي رواية لأحمد: يقع بها الطلاق ولو لم تكن مستبينةً[1].

الشرط الثاني: أن تكون مرسومةً:

أي مكتوبة على وجه اعتاد الناس الكتابة عليه، كأن تكون مصدَّرة ومعنونة باسم المطلَّقة، فإذا كانت غير مرسومة، كأن كَتَب على الأرض: زوجتي طالق، فإنه يعد كطلاق الكناية وإن كان اللفظ صريحا، فيقع بها الطلاق إن نواه، فإذا لم ينوه لم يقع به شيء، على خلاف المرسومة المستبينة، فإنه يقع بها الطلاق بغير نية إن كان المكتوب لفظا صريحا، فإن كان كنائيا لم يقع به الطلاق إلا بالنية، على قول عند الحنفية، وفي قول آخر لهم: وقع مطلقا[2].

وقال المالكية: إن كتب الطلاق مجمعاً عليه، - ناويًا له -، أو كتبه ولم يكن له نية، وقع. وإن كتبه ليستخير فيه، كان الأمر بيده، إلا أن يخرج الكتاب من يده.

وقال الشافعية: لو كتب ناطق طلاقاً ولم ينوه فلغو، وإن نواه فالأظهر وقوعه.

---

(١) المغني ٧/٤٢٤.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه ٣/٢٤٦.

وقال الحنبلية: إن كتب صريح طلاق امرأته بما يتبين وقع وإن لم ينوه، وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله أو تجربة قلمه لم يقع، ويقبل منه ذلك حكماً.

وإن كتب صريح طلاق امرأته بشيء لا يتبين لم يقع[1].

شروط الإشارة:

جمهور الفقهاء على عدم صحة الطلاق بالإشارة من القادر على الكلام. وخالف المالكية، فقالوا: يقع الطلاق بإشارة القادر على الكلام، كالأخرس، قال ابن جزي: وإشارة القادر على الكلام كالكناية[2]، ثم إن كانت إشارته مفهمة، وقع بها الطلاق بغير نية، وإن لم تكن مفهمةً لم يقع بها الطلاق عند الأكثر، وفي قول لبعض المالكية يقع بها الطلاق بالنية[3].

فأما الأخرس، فالجمهور على وقوع الطلاق بإشارته، وخص الحنفية ذلك بعجزه عن الكتابة في ظاهر الرواية، فإن قدر على الكتابة لم يصح طلاقه بالإشارة، وهو قول لدى الشافعية أيضاً، إلا أنه مرجوح عندهم[4].

ثم إن كانت إشارته مفهومة لدى كل الناس، وقع بها الطلاق بغير نية كالصريح، وإن كانت مفهومةً لدى بعضهم فقط، وقع الطلاق بها مع النية فقط كما في الكتابة، صرح بذلك الشافعية[5]، كما اشترط الحنفية لوقوع الطلاق بالإشارة من الأخرس أن يكون خرسه منذ الولادة، أو طرأ عليه واستمر إلى

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٤، والقوانين الفقهية ص ٢٥٥، والمغني ٧/٤٢٤.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٥٥.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٨٤.

(٤) الدر المختار ٣/٢٤١، والقوانين الفقهية ص ٢٥٥، ومغني المحتاج ٣/٢٨٤، والمغني ٧/٤٢٣، والدسوقي ٢/٣٨٤.

(٥) مغني المحتاج ٣/٢٨٤.

الموت في القول المفتى به، ولذا كان طلاقه موقوفاً على موته، وفي قول آخر: إذا دام سنةً كان كمن ولد أخرس.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك في المواد/٨٧و٩١-٩٤/ منه، ونصها كما يلي:

المادة /٨٧/:

١- يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

٢- للزوج أن يوكل غيره بالتطليق، وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها.

المادة /٩١/:

يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات.

المادة /٩٢/:

الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا.

المادة /٩٣/:

يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفا دون حاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية.

المادة /٩٤/:

كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون.

ونص القانون الكويتي للأحوال الشخصية في المواد /١٠٧ و ١٠٩-١١٠/ منه على ما يلي:

المادة/١٠٧/:

يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات.

المادة/١٠٩/:

الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدة.

المادة/١١٠/:

كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، والطلاق المكمل للثلاث، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون.

أنواع الطلاق:

للطلاق أنواع مختلفة تختلف بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها:

فهو من حيث الصيغة المستعملة فيه على نوعين: صريح وكنائي.

ومن حيث الأثر الناتج عنه على نوعين: رجعي وبائن، والبائن على نوعين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

ومن حيث صفته على نوعين: سنِّي وبدعي.

ومن حيث وقت وقوع الأثر الناتج عنه على ثلاثة أنواع: منجَّز، ومعلَّق على شرط، ومضاف إلى المستقبل.

وتفصيل ذلك كما يلي:

أولاً: الصريح والكنائي[١]:

اتفق الفقهاء على أن الصريح في الطلاق هو: ما لم يستعمل إلا فيه غالباً، لغةً أو عرفاً، وعرفوه بأنه: ما ثبت حكمه الشرعي بلا نية، وليس بين التعريفين

---

(١) ابن عابدين ٢/٢٤٧-٢٩٦، ومغني المحتاج ٣/٢٨٠، والمغني ٧/٣١٨-٣١٩، والدسوقي ٢/٣٨٧.

تناف، بل تكامل، فالأول تعريفه بحسب اللفظ المستعمل فيه، والثاني بحسب الأثر الناتج عنه.

كما اتفقوا على أن الكنائي في الطلاق هو: ما لم يوضع اللفظ له، واحتمله وغيره، فإذا لم يحتمله أصلاً، لم يكن كنايةً، وكان لغواً لم يقع به شيء[1].

واتفقوا على أن الصريح يقع به الطلاق بغير نية، وكذلك بالنية المناقضة قضاءً فقط، وعلى ذلك فلو أطلق اللفظ الصريح، وقال: لم أنو به شيئاً، وقع به الطلاق، ولو قال: نويت غير الطلاق لم يصدق قضاءً، وصُدق ديانةً، هذا ما لم يحف باللفظ من قرائن الحال أو بساط الحال ما يدل على صدق نيته في إرادة غير الطلاق، فإن وجدت قرينة تدل على عدم قصده الطلاق صُدق قضاءً أيضاً، ولم يقع به عليها طلاق، وذلك كما إذا أكره على الطلاق فطلَّق صريحاً غير ناو به الطلاق، فإنه لا يقع ديانةً ولا قضاءً لقرينة الإكراه[2].

وهذا لدى الجمهور، وخالف الحنفية، وقالوا بوقوع الطلاق من المكرَه كما تقدم.

أما الكنائي، فلا يقع به الطلاق إلا مع النية، ذلك أن اللفظ يحتمل الطلاق وغيره، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنيَّة، وأما وقوعه بالنية فلأن اللفظ يحتمله، فيصرف إليه بها.

وقد ألحق المالكية الكنايات الظاهرة بالصريح، فأوقعوا الطلاق بها بغير نية. وهي الكنايات التي تستعمل في الطلاق كثيراً وإن لم توضع له في الأصل، وهي لفظ: الفراق والسراح.

---

(١) المغني ٣٢٩/٧.

(٢) الدسوقي ٣٧٩/٢.

والحنبلية مع المالكية هنا في قول القاضي، إلا أن مفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع به الطلاق من غير نية مطلقاً[1].

وهل يحل محل النية قرائن الحال في وقوع الطلاق بالكناية من غير نية؟

ذهب الحنفية والحنبلية في رواية إلى أن قرائن الحال كالنية في وقوع الطلاق باللفظ الكنائي، كما لو قال لزوجته في حالة غضب: الحقي بأهلك، فإنه طلاق ولو لم ينوه، وكذلك إذا كان في حالة مساءلة الطلاق.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنبلية في رواية أخرى إلى عدم الاعتداد بقرائن الحال هنا، فلا يقع الطلاق باللفظ الكنائي عندهم، إلا إذا نواه مطلقاً[2].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الألفاظ الصريحة في الطلاق محصورة في مادة "طلق" وما اشتق منها لغةً وعرفاً، مثل: طلقتك، وأنت طالق، ومطلَّقة، فلو قال لها: أنت مُطْلَقَةٌ بالتخفيف كان كنايةً، فلا يقع الطلاق به إلا بالنية.

وقد تقدمت الإشارة إلى أن المالكية أنزلوا الكنايات المشهورة منزلة الصريح في وقوع الطلاق بها من غير نية، وإن لم يعدوها من الصريح[3].

وذهب الشافعية في المشهور، والحنبلية[4]، إلى أن الصريح ألفاظ ثلاثة، هي: الطلاق والفراق والسراح، وما اشتق منها لغةً وعرفاً، مثل: طلقتك، وأنت طالق، ومطلَّقة، فلو قال أنت مطلقة بالتخفيف كان كنايةً، لعدم اشتهاره في الطلاق.

---

(١) المغني ٧/٣٢٦.

(٢) المغني ٧/٣٢٢، ومغني المحتاج ٣/٢٨٠.

(٣) ابن عابدين ٣/٢٤٧-٢٤٨، والدسوقي ٢/٣٧٨.

(٤) مغني المحتاج ٣/٢٨٠، والمغني ٧/٣١٨-٣٢١.

وأما الكنائي فما وراء الصريح من الألفاظ مما يحتمل الطلاق، كلفظ: اعتدي، واستبرئي رحمك، والحقي بأهلك، وأنت خليَّة، وأنت مُطْلَقَة بغير تشديد، ونحو ذلك، وهو ما لا حصر له.

وهل يقع الطلاق باللفظ المصحَّف؟

نص الحنفية على وقوع الطلاق باللفظ المصحف، ثم إن كان اللفظ صريحاً وقع الطلاق به بغير نية، كلفظ: طلاغ، وتلاغ، وطلاك، وتلاك ... بلا فرق بين أن يكون المطلّق عالماً أو جاهلاً، إلا أن يقول المطلّق: تعمدت التصحيف هذا للتخويف به، ويحف به من قرائن الحال ما يصدقه، كالإشهاد على ذلك قبل الطلاق، فإنه لا يقع به شيء على المفتى به، وإلا وقع الطلاق.

وهل ينحصر الصريح باللغة العربية فقط؟

لم يحصر الفقهاء الصريح في الطلاق بالعربية، بل أطلقوه فيها وفي غيرها، وذكروا ألفاظاً بالفارسية والتركية يقع بها الطلاق صريحاً بغير نية، مثل: "سان بوش" بالتركية "وبهشتم" بالفارسية، وقد جرى في هذه الألفاظ بعض اختلاف بينهم. أهي من الصريح أم من الكنائي؟ والحقيقة أن مرد ذلك إلى من يعلم بهذه اللغات والأعراف.

ما يقع بالصريح والكنائي من الطلاق:

ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى أن طلاق الزوج يكون رجعياً دائماً ولا يكون بائناً إلا في أحوال ثلاث، وهي:

أ - الطلاق قبل الدخول، ويكون بائناً لعدم وجوب العدة.

---

(١) المغني ٧/٤٥٤، ومغني المحتاج ٣/٣٣٧.

ب - الطلاق على مال. ويكون بائناً ضرورة وجوب المال به على الزوجة، ذلك أنها لم تبذله له إلا لبينونتها.

ج - الطلاق الثلاث، وذلك ضرورة وقوع البينونة الكبرى به، بنص الآية الكريمة: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] رواه ابن حبان وغيره.

هذا إلى جانب أحوال يكون الطلاق في بعضها بائناً إذا كان بحكم القاضي، كالتفريق للغيبة، والتفريق للإيلاء، والتفريق للعيب، والتفريق للشقاق والضرر، والتفريق للإعسار بالنفقة.

وسوف يأتي بيان ذلك.

وذهب الحنفية إلى أن الكنائي يقع الطلاق به بائناً مطلقاً، إلا ألفاظاً قليلةً قدر وجود لفظ الطلاق الصريح فيها، فيكون رجعياً، مثل: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدةً. والتقدير: طلقتك فاعتدي، وطلقتك فاستبرئي رحمك، وأنت طالق طلقةً واحدةً.

أما الصريح فيقع به الطلاق رجعياً بشروط، وهي:

الأول: يكون بعد الدخول، فإذا كان قبل الدخول وقع به الطلاق بائناً مطلقاً، سواء أكان بلفظ صريح أم بلفظ كنائي.

الثاني: أن لا يكون مقروناً بعوض، فإن قرن بعوض -طلاق على مال- كان بائناً.

الثالث: أن لا يكون مقروناً بعدد الثلاث لفظاً أو إشارةً أو كتابةً، وأن لا يكون الثالث بعد طلقتين سابقتين عليه، رجعيتين أو بائنتين، لأن الطلاق الثالث لا يكون إلا بائناً بينونةً كبرى.

الرابع: أن لا يكون موصوفاً بصفة تنبئ عن البينونة، أو تدل عليها من غير حرف العطف، كقوله لها: أنت طالق بائناً، بخلاف: أنت طالق وبائن، فإنه يقع بالأولى طلقة رجعية، وبالثانية طلقة بائنة، وكذلك أنت طالق طلقةً تملكين بها نفسك، فإنه بائن.

الخامس: أن لا يكون مشبهاً بعدد أو صفة تدل على البينونة، كأن يقول لها: أنت طالق مثل هذه، ويشير بأصابعه الثلاثة، فإنها تبين منه بثلاث طلقات.

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط، وقع به الطلاق بائناً[1].

ثانياً: الرجعي والبائن:

الطلاق الرجعي هو: رفع قيد النكاح إثر انقضاء العدة، والبائن هو رفع قيد النكاح في الحال، أو الرجعي ما يجوز معه للزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد. والبائن هو: رفع قيد النكاح في الحال.

هذا، والطلاق البائن على قسمين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

فأما البائن بينونة صغرى، فيكون بالطلقة البائنة الواحدة، وبالطلقتين البائنتين، فإذا كان الطلاق ثلاثاً، كانت البينونة به كبرى مطلقاً، سواء كان أصل كل من الثلاث بائناً أم رجعياً، بالاتفاق.

وعلى هذا فإذا طلق الزوج زوجته رجعياً، حل له العود إليها في العدة بالرجعة، دون عقد جديد، فإذا مضت العدة عاد إليها بعقد جديد فقط.

فإذا طلق زوجته طلقةً بائنةً واحدةً أو اثنتين، جاز له العود إليها في العدة وبعدها، ولكن ليس بالرجعة، وإنما بعقد جديد، خلافا للطلاق الرجعي.

---

(١) ابن عابدين ٣/٢٥٠، و٣/٢٧٨-٢٨١.

فإذا طلقها ثلاثاً كانت البينونة كبرى، ولم يحل له العود إليها حتى تنقضي عدتها وتتزوج من غيره، ويدخل بها، ثم تبين منه بموت أو فرقة، وتنقضي عدتها، فإن حصل ذلك حل له العود إليها بعقد جديد، وذلك لقوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٍ يَعۡلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾﴾ [البقرة:٢٣٠].

هذا وقد تقدم حالات وقوع الطلاق رجعيا وبائنا واختلاف الفقهاء فيه عند الكلام على الصريح والبائن.

البينونة الكبرى والصغرى:

البينونة عند إطلاقها تنصرف للصغرى، ولا تكون كبرى إلا إذا كانت ثلاثاً بالاتفاق.

إلا أن طرق وقوع الثلاث اختلف الفقهاء في بعضها، واتفقوا في بعضها الآخر، حسب الآتي:

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته مرةً واحدةً رجعيةً أو بائنةً، ثم عاد إليها بعقد أو رجعة، ثم طلقها مرةً أخرى رجعياً أو بائناً، ثم عاد إليها بعقد أو رجعة، ثم طلقها للمرة الثالثة، كان ثلاثاً، وبانت منه بذلك بينونةً كبرى، وذلك لقوله سبحانه: (ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ) [البقرة:٢٢٩]، وقوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ

﴿وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾﴾ [البقرة:٢٣٠].

كما اتفقوا على أنه إذا طلقها مرةً واحدةً، ثم طلقها ثانيةً بعد انقضاء عدتها، أن الثانية لا تقع عليها، لعدم كونها محلاً للطلاق، لانقضاء الزوجية بالكلية، والطلاق خاص بالزوجات، وكذلك إذا طلقها ثالثةً بعد ذلك، فإنها لا تقع عليها، وفي هذه الحال تكون البينونة صغرى، ويحل له العود إليها بعقد جديد.

وكذلك المطلقة قبل الدخول بها إذا طلقها بعد ذلك عند الحنفية والشافيعة في الجديد، لأنه لا عدة عليها.

وذهب المالكية والحنبلية إلى وقوع الثانية والثالثة عليها -كالمدخول بها- إذا عطفهن على بعضهن بالواو، فقال: أنت طالق وطالق وطالق، وهو مدلول قول الشافعي القديم، لأن العطف بالواو يقتضي المغايرة، فتكون الأولى غير الثانية، وهن كالكلمة الواحدة[١].

فإذا طلق المدخول بها طلقة واحدة، ثم طلقها ثانيا في عدتها، فإن كانت الأولى رجعية، فقد ذهب الجماهير إلى وقوع الثانية، فإذا طلقها ثالثا في العدة وكانت الثانية رجعية أيضا وقعت الثالثة، وبانت منه بينونة كبرى، هذا ما لم ينو بالثانية والثالية تأكيد الأولى، فإن نوى تأكيد الأولى صدق ديانة، ولم يصدق قضاء، وأمضي عليه الثلاث، ما لم تحف به قرائن أحوال ترجح صحة نيته، فإن حفت به قرائن حال ترجح صحة نيته صدق ديانة وقضاء، كما إذا طلق زوجته فسئل: ماذا فعلت، فقال: طلقتها، أو قلت هي طالق، نص علىذلك الحنفية[٢].

---

(١) المغني ٤١٨/٧، وابن عابدين ٢٨٨/٣.

(٢) ابن عابدين ٢٩٣/٣.

ونص الشافعية على قريب من ذلك، قال في مغني المحتاج: وإن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق، وتخلل فصل، فثلاث، سواء أقصد التأكيد أم لا، لأنه خلاف الظاهر، لكن إذا قال قصدت التأكيد، فإنه يدين، فإن تكرر لفظ الخبر فقط، كأنت طالق طالق طالق، فكذا عند الجمهور، خلافا للقاضي في قوله يقع واحدة ... وإن لم يتخلل فصل، فإن قصد تأكيدا أي قصد تأكيد الأولى بالأخيرتين فواحدة ... أو قصد استئنافا فثلاث ...، وكذا إذا أطلق، بأن لم يقصد تأكيدا ولا استئنافا، يقع ثلاثا في الأظهر[1].

والحنبلية في هذا مع الشافعية[2].

والمالكية مذهبهم لا يخرج عن ذلك، قال الدردير: وإن كرره ثلاثاً بلا عطف لزمه ثلاث في المدخول بها كغيرها، أي غير المدخول بها يلزمه الثلاث إن نسقه ولو حكماً، كفصله بسعال، إلا لنية تأكيد فيهما -أي في المدخول بها وغيرها- فيصدق بيمين في القضاء، وبغيرها في الفتوى، بخلاف العطف، فلا تنفعه نية التأكيد مطلقاً، كما تقدم، لأن العطف ينافي التأكيد[3].

فإذا طلقها بائناً واحدةً، أو اثنتين معاً، ثم طلقها ثانيةً وثالثةً في عدتها، لم تقع الثانية أو الثالثة عند الشافعية والمالكية والحنبلية، لخروجها عن الزوجية بالأولى، فلم تعد محلاً للطلاق بعد ذلك[4].

وذهب الحنفية إلى أن الأولى أو الثانية إذا كانتا بلفظ صريح، لحقتها الثانية والثالثة، بلفظ صريح كانت أو كنائي، فإذا كانت الأولى أو الثانية بائناً لحقتها

---

(١) مغني المحتاج ٢٩٦/٣.
(٢) المغني ٤١٧/٧.
(٣) الشرح الكبير ٣٨٥/٢.
(٤) مغني المحتاج ٢٩٣/٣.

الثانية والثالثة إذا كانت بلفظ صريح فقط، فإذا كانت بائناً لم تلحقها إذا أمكن جعلها إخباراً عنها، لاحتمال ذلك، كقوله لها: أنت بائن بائن فإن لم يمكن جعلها إخباراً عنها لحقتها أيضاً، كقوله لها: أنت بائن ثم قوله: أنت بائن بأخرى، فإنها تلحقها لتعذر جعلها إخباراً عنها.

قال صاحب الدر المختار: الصريح يلحق الصريح، ويلحق البائن بشرط العدة، والبائن يلحق الصريح، والصريح ما لا يحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا، فتح، فمنه الطلاق الثلاث، فيلحقها، وكذا الطلاق على مال، فيلحق الرجعي، ويجب المال والبائن، ولا يلزم المال كما في الخلاصة، فالمعتبر فيه اللفظ لا المعنى، على المشهور، ولا يلحق البائن البائن إذا أمكن جعله إخبارا عن الأول. كأنت بائن بائن، أو أبنتك بتطليقة، فلا يقع لأنه إخبار، فلا ضرورة في جعله إنشاء، بخلاف أبنتك بأخرى، أو أنت طالق بائن، أو قال نويت البينونة الكبرى. لتعذر حمله على الإخبار فيجعل إنشاء[1].

فإذا طلقها وذكر أنه ثلاث لفظاً، وقع ثلاث عند جمهور الفقهاء، وكذلك إذا قال: اثنتين، فإنه يقع عليه اثنتان، كأن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق اثنتين[2].

فإذا قال لها: أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث، فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه إن قال لها: "هكذا" مع الإشارة وقع الثلاث، وإن قال: مثل هذه، مع الإشارة بالثلاث وقع ثلاث إن نواها، وإلا وقعت واحدة، فإن لم يقل شيئاً مع الإشارة بالأصابع وقعت واحدة ولغت الإشارة.

فإن كتب لها ثلاثاً بدل الإشارة بالأصابع، فمثل الإشارة.

---

(١) الدر المختار ٣/٣٠٩-٣١٠.

(٢) المغني ٧/٤١٨.

فإن قال لها: أنت طالق أكبر الطلاق أو أغلظه ... فإن نوى به ثلاثاً، فثلاث لاحتمال اللفظ ذلك، وإلا وقع به واحدة بائنة[1].

إلا أن الشافعية نصوا على أنه لو قال لها: أنت طالق، ونوى عدداً، وقع ما نواه، فإن قال: أنت طالق واحدةً، ونوى عدداً، وقع ما نواه أيضا في قول، والثاني وقوع واحدة به، على الراجح، لأن الملفوظ يناقض المنوي، واللفظ أقوى، فالعمل به أولى.

وقيل: يقع المنوي عملاً بالنية[2].

والحنبلية مع الحنفية والشافعية فيما تقدم، إلا أنه روي عن الإمام أحمد قوله: وإذا قال لها: أنت بريَّة، أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحقي بأهلك، فهو عندي ثلاث، ولكن أكره أن أفتي به، سواء دخل بها أم لم يدخل[3].

أما الحنفية والشافعية فيوقعون بذلك ثلاثاً إن نواها، لاحتمال اللفظ لها، فإذا لم ينو الثلاث لم يقع به ثلاث.

والمالكية مع الجمهور في كل ما تقدم، إلا أنهم في المسألة الأخيرة يقولون: يقع ثلاث مطلقاً، إلا في الخلع أو قبل الدخول، فيكون واحدة[4].

فإذا قال لها: أنت طالق واحدةً، ونوى به ثلاثاً، وقع واحدة، وبطلت النية، لعدم احتمال اللفظ لها، إلا قول عند بعض الشافعية يقع به ثلاث، فإن قال لها أنت طالق ثلاثا ونوى به واحدة، وقع عليها ثلاث عند الجميع، لصراحة اللفظ، فلا تعمل النية بخلافه، فإن قال لها: أنت طالق ونوى به ثلاثاً، وقع به واحدة

(١) الدر المختار وابن عابدين عليه ٣/٢٧٤-٢٧٧.
(٢) مغني المحتاج ٣/٢٩٤ و ٣٢٦.
(٣) المغني ٧/٣٢٤.
(٤) المغني ٧/٣٢٥، والدسوقي ٢/٢٦٤.

عند الحنفية، وهو إحدى روايتين عند الحنابلة، وفي الرواية الثانية يقع ثلاث، وهو قول مالك والشافعي[1].

ثالثاً: السني والبدعي:

قسم الفقهاء الطلاق من حيث وصفه الشرعي إلى سني وبدعي، يريدون بالسني: ما وافق السنة في طريقة إيقاعه، وبالبدعي: ما خالف السنة في ذلك، ولا يعنون بالسني أنه سنة، لما تقدم من النصوص المنفرة من الطلاق، وأنه أبغض الحلال إلى الله تعالى.

وقد اختلف الفقهاء في بعض شروط وأحوال كل من السني والبدعي، واتفقوا في بعضها الآخر، كما يلي:

قسم الحنفية الطلاق إلى سني وبدعي، وقسموا السني إلى قسمين: حسن وأحسن.

فالأحسن عندهم: أن يوقع المطلّق على زوجته طلقةً واحدةً رجعيةً في طهر لم يطأها فيه، ولا في حيض أو نفاس قبله، ولم يطأها غيره فيه بشبهة أيضاً، فإن زنت في حيضها ثم طهرت، فطلقها لم يكن بدعياً.

وأما الحسن: فأن يطلقها واحدةً رجعيةً في طهر لم يطأها فيه، ولا في حيض أو نفاس قبله، ثم يطلقها طلقتين أخريين في طهرين آخرين دون وطء، هذا إن كانت من أهل الحيض، وإلا طلقها ثلاث طلقات في ثلاثة أشهر، كمن بلغت بالسن ولم تر الحيض.

وهذا في المدخول أو المختلى بها، أما غير المدخول أو المختلى بها، فالحسن: أن يطلقها واحدةً فقط، ولا يهم أن يكون ذلك في حيض أو غيره، ولا

---

(١) المغني ٧/٤٢٠-٤٢١.

يضر أن طلاقها يكون بائناً، لأنه لا يكون إلا كذلك.

وما سوى ذلك فبدعي عندهم، كأن يطلقها مرتين أو ثلاثاً في طهر واحد معاً، أو متفرقات، أو يطلقها في الحيض أو النفاس، أو يطلقها في طهر مسها فيه، أو في طهر مسها في الحيض قبله.

فإن طلقها في الحيض، ثم طلقها في الطهر الذي بعده، كان الثاني بدعياً أيضاً، لأنهما بمثابة طهر واحد. وعليه أن ينتظر حيضها الثاني، فإذا طهرت منه طلقها إن شاء، ويكون سنياً عند ذلك، ولو طلقها في الحيض، ثم ارتجعت، ثم طلقها في الطهر الذي بعده، كان بدعياً في الأرجح، وهو ظاهر المذهب، وقال القدوري: يكون سنياً.

وهذا كله ما لم تكن حاملاً، أو صغيرةً دون سن الحيض، أو آيسةً، فإن كانت كذلك كان طلاقها سنياً، سواء مسها أم لم يمسها، لأنها في طهر مستمر، ولكن لا يزيد على واحدة، فإن زاد كان بدعياً.

واستثنى الحنفية من البدعي عامةً: الخلع، والطلاق على مال، والتفريق للعلة، فإنه لا يكون بدعياً ولو كان في الحيض، لما فيه من الضرورة، وكذلك تخييرها في الحيض، سواء اختارت نفسها في الحيض أم بعده، وكذلك اختيارها نفسها في الحيض، سواء أخيرها في الحيض أم قبله، فإنه لا يكون بدعيا، لأنه ليس من فعله المحض[1].

وقسم جمهور الفقهاء الطلاق من حيث وصفه الشرعي إلى سني وبدعي، ولم يذكروا للسني تقسيماً، فهو عندهم قسم واحد خلافاً للحنفية، إلا أن بعض الشافعية قسموا الطلاق إلى سني وبدعي، وما ليس سنياً ولا بدعياً، وهو

---

(١) الدر المختار وابن عابدين عليه ٣/٢٣٠-٢٣٤.

المرجح عندهم، وهو الذي ليس سنياً ولا بدعياً عندهم، وهو ما استثناه الحنفية من البدعي كما تقدم .

والسني عند الجمهور: هو ما يشمل الحسن والأحسن عند الحنفية معاً، والبدعي عندهم: ما يقابل البدعي عند الحنفية، إلا أنهم خالفوهم في أمور، أهمها: أن الطلاق الثلاث في ثلاث حيضات سني عند الحنفية، وهو بدعي عند الجمهور، وكذلك الطلاق ثلاثاً في طهر واحد لم يصبها فيه، فإنه سني عند الشافعية أيضاً. وهو رواية عند الحنبلية، اختارها الخرقي.

وذهب المالكية إلى أنه محرم كما عند الحنفية، وهو رواية ثانية عند الحنبلية[1].

هذا، والمدار على معرفة السني والبدعي من الطلاق القرآن والسنة، أما القرآن فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝ ﴾ [الطلاق:١] ، وقد فسر ابن مسعود ﷺ ذلك بأن يطلقها في طهر لا جماع فيه، ومثله عن ابن عباس رضي الله عنهما[2].

وأما السنة فما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر ﷺ رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال له رسول الله ﷺ: «**مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء**

---

(١) المغني ٣٠١/٧، ومغني المحتاج ٣١١/٣-٣١٢.

(٢) المغني ٢٩٨/٧.

طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء» رواه مسلم.

وما رواه النسائي عن عبد الله بن مسعود ﷺ قال: (**طلاق السنة تطليقة وهي طاهر في غير جماع، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة**).

والمعنى العام في السني والبدعي، أن السني يمنع الندم، ويقصِّر العدة على المرأة، فيقل تضررها من الطلاق.

حكم الطلاق البدعي من حيث وقوعه ووجوب العدة بعده:

اتفق جمهور الفقهاء على وقوع الطلاق البدعي، مع اتفاقهم على وقوع الإثم فيه على المطلق، لمخالفته أوامر السنة المتقدمة.

فإذا طلق زوجته في الحيض وجب عليه مراجعتها، رفعاً للإثم، لدى الحنفية في الأصح عندهم، وقال القدوري من الحنفية: إن الرجعة مستحبة لا واجبة.

وذهب الشافعي إلى أن مراجعة من طلقها بدعياً سنة.

وعبر الحنبلية عن ذلك بالاستحباب.

وذهب المالكية إلى تقسيم البدعي إلى: حرام ومكروه، فالحرام: ما وقع في الحيض أو النفاس من الطلاق مطلقاً، والمكروه: ما وقع في غير الحيض والنفاس، كما لو أوقعه في طهرها الذي جامعها فيه، وعلى هذا يجبر المطلق في الحيض والنفاس على الرجعة رفعاً للحرمة، ولا يجبر غيره على الرجعة وإن كان بدعياً[1].

---

(١) الدسوقي ٢/٣٦١-٣٦٢.

وهذا كله ما دامت الرجعة ممكنةً، بأن كان الطلاق رجعياً، فإذا كان بائناً بينونةً صغرى أو كبرى، تعذر الرجوع واستقر الإثم.

دليل ذلك ما تقدم من أمر رسول الله ﷺ عبد الله بن عمر رضي الله عنه باسترجاع زوجته ما دام ذلك ممكناً، فإذا لم يكن ممكناً للبينونة امتنع الرجوع، فقد ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سئل عن الرجل يطلق امرأته وهي حائض يقول: «**أما أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله** ﷺ **أمرني بهذا وإن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك**» رواه مسلم.

رابعاً: الطلاق المنجَّز والمُضاف والمعلَّق:

الأصل في الطلاق التنجيز، إلا أنه يقبل التعليق والإضافة باتفاق الفقهاء، وله تفصيلات وأحكام كما يلي:

أ - الطلاق المنجَّز:

تعريفه: هو الطلاق الخالي في صيغته عن التعليق والإضافة، كقوله: أنت طالق، أو اذهبي إلى بيت أهلك، ينوي طلاقها.

حكمه: إنه ينعقد سبباً للفرقة في الحال، ويعقبه أثره بدون تراخ، ما دام مستوفيا لشروطه، فإذا قال لها: أنت طالق، طلقت للحال وبدأت عدتها، هذا مع ملاحظة الفارق بين البائن والرجعي، كما تقدم.

ب - الطلاق المضاف:

تعريفه: هو الطلاق الذي قرنت صيغته بوقت بقصد وقوع الطلاق عند حلول ذلك الوقت، كقوله: أنت طالق أول الشهر القادم، أو آخر النهار، أو أنت طالق أمس.

حكمه: ذهب الجمهور إلى أن الطلاق المضاف إلى المستقبل ينعقد سبباً للفرقة في الحال، ولكن لا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله المضاف إليه بعد استيفائه لشروطه الأخرى. فإذا قال لها: أنت طالق آخر هذا الشهر، لم تطلق حتى ينقضي الشهر. ولو قال: في أوله طلقت أوله، ولو قال: في شهر كذا، طلقت في أوله عند الأكثر، وخالف البعض وقالوا يقع في آخره.

فإذا أضاف الطلاق إلى زمن سابق، فإن قصد وقوعه للحال مستنداً إلى ذلك الزمن السابق. وقع للحال كالمنجز مقتصراً على وقت إيقاعه، وقيل: يلغو، وإن قصد الإخبار عن نفسه، وأنه طلقها في ذلك الزمن السابق، صدق في ذلك بيمينه إن كان التصديق ممكناً. فإن كان مستحيلاً، كأن يقول لها: أنت طالق منذ خمسين سنةً، وعمرها أقل من ذلك، كان لغواً[1]. هذا مذهب الحنفية.

وذهب المالكية إلى أنه إن أضاف طلاقها إلى زمن مستقبل، كأن قال لها: أنت طالق بعد سنة، أو أنت طالق يوم موتي، طلقت للحال منجزاً، وكذلك إذا أضافه إلى زمن ماض قاصداً به الإنشاء، كقوله: أنت طالق أمس، فإنها، تطلق للحال، فإن قصد به الإخبار دين عند المفتي[2].

ونص الحنبلية على أنه إن قال: أنت طالق أمس ولا نية له، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع. وقال القاضي في بعض كتبه: يقع الطلاق، وإن قصد الإخبار صدّق، ووقع الطلاق[3].

---

(١) الدر المختار ٣/٢٦٥-٢٦٨، ومغني المحتاج ٣/٣١٤، والمغني ٧/٣٦٣-٣٦٤.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٢-٣٩٠.

(٣) المغني ٧/٣٦٣-٣٦٤.

ومذهب الشافعية كالحنفية، إلا أنهم خالفوهم فيما لو أضافه إلى زمن سابق محال ولم يكن له نية، فإنه يقع عندهم، كما لو قال لها: أنت طالق قبل أن تُخلقي، فإنه يقع للحال إذا لم يكن له نية(١).

ج: الطلاق المعلق على شرط:

تعريفه: التعليق على شرط هنا هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء أكان ذلك المضمون من فعل المطلق أو المطلقة أو غيرهما، أو لم يكن من فعل أحد.

فإن كان من فعل المطلق أو المطلقة أو غيرهما سمي يميناً لدى الجمهور مجازاً، وذلك لما فيه من معنى القَسَم، وهو: تقوية عزم الحالف أو عزم غيره على فعل شيء أو تركه، كما إذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت دار فلان، أو: أنت طالق إن ذهبت أنا إلى فلان، أو: أنت طالق إن زارك فلان ... فإن كان الطلاق معلقاً لا على فعل أحد، كما إذا قال لها: أنت طالق إن طلعت الشمس مثلاً، كان تعليقاً، ولم يسم يميناً، لانتفاء معنى اليمين فيه، وإن كان في الحكم مثل اليمين. وهنالك من الفقهاء من أطلق عليه اليمين أيضاً(٢).

وأدوات الربط والتعليق هي: إن، وإذا، وإذْمَا، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما، ونحو ذلك، وكلها تفيد التعليق بدون تكرار، إلا كلما، فإنها تفيد التعليق مع التكرار(٣).

وقد يكون التعليق بدون أداة، كما إذا قال لها: عليَّ الطلاق سأفعل كذا، فهو بمثابة قوله: عليَّ الطلاق إن لم أفعل كذا، وهو التعليق المعنوي، وقد جاء به العرف.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣١٥.
(٢) الدر المختار ٣/٣٤١، والمغني ٧/٣٦٩.
(٣) ابن عابدين ٣-٣٥٠-٣٥٢.

حكمه: اتفق جمهور الفقهاء على صحة اليمين بالطلاق، أو تعليق الطلاق على شرط مطلقاً، إذا استوفى شروط التعليق الآتية:

فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق، دون اشتراط الفور، إلا أن ينويه، وإذا لم يحصل لم يقع، سواء في ذلك أن يكون الشرط المعلق عليه من فعل الحالف، أو المحلوف عليها، أو غيرهما، أو لم يكن من فعل أحد، هذا إذا حصل الفعل المعلق عليه طائعاً ذاكراً التعليق، فإن حصل منه الفعل المعلق عليه ناسياً أو مكرهاً، وقع الطلاق به أيضاً عند الجمهور.

وعند الشافعية فيه قولان، أظهرهما: أنها لم تطلق[1].

ثم ما دام لم يحصل المعلق عليه لم يمنع من قربان زوجته عند الجمهور، وقال مالك: يضرب له أجل المُولي.

وذهب المالكية[2] إلى أنه إن علق طلاقه بأمر في زمن ماض ممتنع عقلاً أو عادةً أو شرعاً حنث للحال، وإن علقه بأمر ماض واجب فعله عقلاً أو شرعاً أو عادةً فلا حنث عليه.

وإن علقه بأمر في زمن مستقبل، فإن كان محقق الوجود أو مظنون الوجود عقلاً أو عادة أو شرعاً لوجوبه نجز للحال، كما إذا قال: هي طالق إن لم أمس السماء، أو هي طالق إن قمتِ، أو إن صليتِ.

وإن كان المعلق عليه مستحيلاً، أو نادراً، أو مستبعداً عقلاً أو عادة أو شرعاً لحرمته، لم يحنث، كما لو قال: أنت طالق لو جمعت بين الضدين، أو إن لمست السماء، أو إن زنيت.

---

(١) مغني المحتاج ٣١٦/٣، والمغني ٣٦٩/٧.

(٢) الشرح الكبير والدسوقي عليه ٢-٣٨٩-٣٩٦.

شروط صحة التعليق:

يشترط لوقوع الطلاق المعلق على شرط ما يلي:

أ - أن يكون الشرط المعلق عليه معدوماً عند الطلاق وعلى خطر الوجود في المستقبل، فإذا كان الشرط موجوداً عند التعليق، كما إذا قال لها: أنت طالق إن كان أبوك معنا الآن، وهو معهما، فإنه طلاق صحيح منجز يقع للحال، وليس معلقاً، أما أنه على خطر الوجود، فمعناه: أن يكون الشرط المعلق عليه ممكن الحصول في المستقبل، فإذا كان مستحيل الحصول لغا التعليق، ولم يقع به شيء، لا في الحال ولا في المستقبل، كما إذا قال لها: إن عاد أبوك حياً -وهو ميت- في الحياة الدنيا فأنت طالق، فإنه لغو.

وهذا مذهب الحنفية.

وذهب المالكية إلى وقوعه منجزاً.

وللحنبلية فيه قولان[1]:

ب - أن يكون التعليق متصلاً بالكلام، فإذا فصل عنه بسكوت، أو بكلام أجنبي، أو كلام غير مفيد، لغا التعليق، ووقع الطلاق منجزاً، كما لو قال لها: أنت طالق، وسكت برهةً، ثم قال: إن دخلت دار فلان، أو قال لها: أنت طالق، ثم قال لها: أعطني ماءً، ثم قال: إن لم تدخلي دار فلان.

إلا أنه يغتفر الفاصل الضروري، كما إذا قال لها: أنت طالق، ثم تنفس لضرورة، ثم قال: إن دخلت دار فلان، فإنه معلَّق، ولا يقع إلا بدخولها الدار المحلوف عليها، وكذلك: إساغة اللقمة، أو كلمة مفيدة، كأن يقول لها: أنت طالق بائناً إن دخلت دار فلان، فإنه معلق ويقع به بائناً عند الدخول، فإن قال

---

(١) الدر المختار ٣/٣٤٢-٣٤٨، والشرح الكبير ٢-٣٧٠، ومغني المحتاج ٣/٢٩٢.

لها: أنت طالق رجعياً إن دخلت دار فلان، لغا التعليق، ووقع الرجعي منجزاً، لأن كلمة "رجعياً" لم تفد شيئاً، فكانت قاطعاً للتعليق، بخلاف كلمة "بائن" فإنها أفادت، فلم تكن قاطعاً. وهذا المثال وفق مذهب الحنفية الذين يوقعون بكلمة "بائن" طلاقاً بائناً[1].

ج - أن لا يقصد به المجازاة، فإذا قصد به المجازاة، وقع منجزاً ولم يتعلق بالشرط، كما إذا قالت له: يا خسيس، فقال لها: إن كنت كذلك فأنت طالق، يريد معاقبتها، لا تعليق الطلاق على تحقق الخساسة فيه، فإنه يقع الطلاق هنا منجزاً، سواء أكان خسيساً أم لا، فإن أراد التعليق لا المجازاة تعلق الطلاق، ويديَّن.

د - أن يذكر المشروط في التعليق، وهو المعلق عليه، فلو لم يذكر شيئاً، كما إذا قال لها: أنت طالق إن، فإنه لغو في الراجح لدى الحنفية، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد بن الحسن: تطلق للحال.

هـ - وجود رابط، وهو أداة من أدوات الشرط، وقد تقدمت، إلا أن يفهم الشرط من المعنى، فإنه يتعلق بدون رابط، كما إذا قال لها: عليَّ الطلاق سأذهب إلى فلان، فإنه تعليق صحيح مع عدم الرابط.

و - قيام الزوجية بين الحالف والمحلوف عليها عند التعليق، حقيقةً أو حكماً، بأن تكون زوجته أو معتدته من رجعي أو بائن، فإذا لم تكن زوجته عند التعليق، ولا معتدته، لغا التعليق ولم يقع عليها به شيء، كما إذا قال لأجنبية عنه: أنت طالق إن دخلت دار فلان، فإنه لغو، إلا أن تكون زوجة لغيره، فإنه يتوقف التعليق عندها على إجازة زوجها، لأنه فضولي. فإن أجازه الزوج صح التعليق، ثم إن دخلت بعد الإجازة وقع الطلاق عليها، وإلا فلا.

---

(١) الدر المختار ٣/٣٦٦-٣٦٧، والمغني ٧/٢٤٠٠ و ٢٩٤، ومغني المحتاج ٣/٣٣٤ .

هذا ما لم يعلق الطلاق على نكاحها، فإن علقه عليه صح التعليق أيضاً ولو لم تكن زوجته أو معتدته عند التعليق، كأن يقول لأجنبية عنه: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم يتزوجها، فإنها تطلق بذلك، وكذلك قوله: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، ثم يتزوج امرأةً أجنبيةً، فإنها تطلق بذلك لصحة التعليق هنا، فإذا علق بغير نكاحها لم يصح التعليق، ويلغو الطلاق، كما إذا قال لأجنبية عنه: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم دخلتها قبل زواجها منه أو بعده، فإنها لا تطلق.

وهذا كله لدى المالكية، وفي القول الراجح عند الحنفية، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد بن الحسن: لا يصح التعليق، ويلغو الطلاق.

وقال الشافعية والحنبلية: لا ينعقد الطلاق هنا، كما لو علقه على غير الزواج.

فإذا علقه بمقارنة النكاح لا عليه، لغا بالاتفاق، كأن يقول لأجنبية: أنت طالق مع نكاحك، فإنه لغو، وكذلك إذا علقه على انتهاء النكاح، كأن يقول لها: أنت طالق مع موتي، أو مع موتك، فإنه لغو أيضاً لعدم الملك.

ز - قيام الزوجية بين الحالف والمحلوف عليها عند حصول الشرط المعلق عليه حقيقةً أو حكماً، بأن تكون زوجةً له أو معتدةً من طلاق رجعي أو بائن، فإذا لم تكن كذلك عند وقوع الشرط لم يقع الطلاق به عليها، فإذا قال لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، فدخلتها وهي زوجته أو معتدته طلقت، وإن دخلتها بعد أن طلقها وانقضت عدتها، لم تقع عليها الطلقة المعلقة، لعدم صلاحيتها لوقوع الطلاق عليها عندئذ.

ح - كون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق عند التعليق، بأن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور، خلافاً للحنبلية كما سبق، ولا يشترط كونه كذلك عند حصول

الشرط المعلق عليه، فلو قال لها عاقلاً: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم جن، ثم دخلت الدار المحلوف عليها، فإنها تطلق، وكذلك إذا دخلتها قبل جنونه، فإنها تطلق أيضاً، بخلاف ما لو علق طلاقها وهو مجنون، فإنه لغو.

انحلال الطلاق المعلق على شرط[1]:

إذا علق الزوج الطلاق على شرط، فإنه ينحل بحصول الشرط المعلق عليه مرةً واحدةً، مع وقوع الطلاق به على الزوجة في هذه المرة، فإذا عادت إليه ثانيةً في العدة أو بعدها، لم تقع عليها به طلقة أخرى لانحلاله، هذا ما لم يكن التعليق بلفظ "كلما"، وإلا وقع عليها به ثانيةً وثالثةً، لأن كلما تفيد التكرار دون غيرها.

وعلى ذلك فلو قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إن دخلت دار فلان، ثم طلقها منجزاً واحدةً قبل دخول الدار، ثم مضت عدتها، ثم دخلت الدار المحلوف عليها، ثم عادت إليه بزوجية أخرى، جاز، فإذا دخلت الدار المحلوف عليها بعد ذلك لم يضرها، ولم يقع عليها بذلك شيء، لانحلال الطلاق المعلق بالدخول الأول بعد العدة، فإذا علق طلاقها الثلاث على دخول الدار، ثم نجز طلاقها مرةً واحدةً، وانقضت عدتها دون أن تدخل الدار المحلوف عليها، ثم عادت إليه بعقد جديد، ثم دخلتها، وقع الثلاث عليها، لعدم انحلال اليمين المعلقة، بخلاف ما لو دخلتها بعد عدتها، فإنها تنحل بذلك.

وكذلك تنحل اليمين المعلقة على شرط بزوال الحل بالكلية، كما إذا علق طلاقها الثلاث على دخول الدار، ثم طلقها ثلاثًا منجزة. ثم تزوجها بعد التحليل، ثم دخلت الدار ولم تكن دخلتها من قبل، فإنها لا تطلق هنا، لانحلال اليمين المعلقة بزوال الحل بالكلية، وذلك بوقوع الثلاث عليها، على خلاف

---

(١) المغني ٧/٢٩٤-٢٩٥، ومغني المحتاج ٣/٢٩٣، والدسوقي ٢/٣٧٥-٣٧٦ و ٣٨٦.

وقوع ما دون الثلاث، فإنه لا يزيل الحل، فلا تنحل به اليمين المعلقة إلا بحصول الشرط فعلاً مرةً.

وهذا مذهب الحنفية والمالكية، وللشافعية فيه أقوال ثلاثة:

الأول: يقع مطلقاً، والثاني: لا يقع مطلقاً، والثالث: يقع بما دون الثلاث، ولا يقع بعد الثلاث، وذهب الحنبلية إلى وقوعه في الكل.

كما تنحل اليمين المعلقة على شرط بردة الحالف مع لحاقه بدار الحرب، فلو طلقها معلقاً، ثم ارتد ولحق بدار الحرب، ثم عاد إلى الإسلام، وعاد إليها، ثم فعلت المعلق عليه، فإنها لا تطلق بذلك، لانحلال اليمين المعلقة بردته، وهذا قول الإمام أبي حنيفة، وخالفه الصاحبان: أبو يوسف ومحمد، وقالا: لا ينحل التعليق بالردة مطلقًا.

وتنحل اليمين المعلقة على شرط أيضاً بفوت محل البر، فإذا قال لها: أنت طالق إن دخلت دار فلان، ثم خربت الدار، أو إن كلمت زيداً فمات زيد، انحلت اليمين المعلقة، حتى لو أن الدار الخربة بنيت ثانيةً، فإن اليمين المعلقة لا تعود. لأنها غير الدار المحلوف عليها.

تعليق الطلاق على شرطين:

إذا علق طلاقها على شرطين أو أكثر وقع الطلاق عليها بحصول المعلق عليه كله في النكاح، وكذلك بوقوع الثاني أو الأخير فقط في النكاح، وعلى هذا فإن حصل الشرط الأول في النكاح، والشرط الثاني بعده، كما إذا قال لها: إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق، فجاء زيد، ثم طلقها منجزاً واحدةً، ثم جاء عمرو بعد انقضاء عدتها، لم تطلق ثانية بمجيئه.

فإن طلقها منجزاً واحدةً إثر تعليقه، ثم جاء الأول زيد بعد انقضاء العدة، ثم تزوجها فجاء عمرو وهي زوجته، وقع عليها المعلَّق، فكانتا اثنتين، نص على ذلك الحنفية[1].

الاستثناء في الطلاق:

تعريفه[2]: الاستثناء في اللغة: هو الإخراج بإلا أو بإحدى أخواتها، بعضاً مما يوجبه عموم سابق، تحقيقاً أو تقديراً، والأول هو المتصل، والثاني هو المنقطع، والأول هو المراد هنا دون الثاني لدى الفقهاء، ويضاف إلى الأول الاستثناء الشرعي، وهو التعليق على مشيئة الله تعالى، أخذاً من قوله سبحانه: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ۝ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ۝﴾ [القلم:١٧-١٨] .

حكمه: والاستثناء الشرعي - وهو التعليق على مشيئة الله تعالى- مبطل للطلاق، أي لا يقع به الطلاق، لدى الحنفية والشافعية إذا استوفى شروطه، للشك فيما يشاؤه سبحانه، وخالف الحنبلية والمالكية، وقالوا: لا يبطل الطلاق به، أي يقع به الطلاق[3].

أما الاستثناء اللغوي بإلا وأخواتها، فمؤثر وملغ للطلاق بحسبه، إذا استوفى شروطه، وعلى ذلك لو قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدةً، طلقت اثنتين فقط، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، طلقت واحدةً فقط، فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، وقع الثلاث، لأنه إلغاء، وليس استثناء، والإلغاء باطل هنا.

---

(١) الدر المختار ٣/٣٦٣-٣٦٤.

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٠٠.

(٣) المغني ٧/٤٠٢-٤٠٣.

شروطه: يشترط لصحة الاستثناء من الطلاق، سواء أكان استثناءً لغوياً أم تعليقاً على مشيئة الله تعالى، شروط هي:

أ - اتصاله بالكلام السابق عليه، أي اتصال المستثنى بالمستثنى منه، بحيث يعدان كلاماً واحداً عرفاً، فإن فُصل بينهما بكلام أو سكوت، لغا الاستثناء، وثبت حكم الطلاق، فإذا قال لها: أنت طالق، ثم قال: إن شاء الله تعالى منفصلاً، طلقت، أو قال: أنت طالق اثنتين، ثم سكت، ثم قال: إلا واحدةً وقع اثنتان، ولغا الاستثناء، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً، ثم سألها عن أمر، ثم قال: إلا اثنتين، فإنها تطلق ثلاثاً، لإلغاء الاستثناء بالكلام الفاصل.

إلا أنه يعفى هنا عن الفاصل القصير الضروري، كالسكوت للتنفس أو إساغة اللقمة، كما يعفى عن الكلام المفيد المتعلق بالمستثنى منه، كأن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إلا اثنتين، فإنها تطلق بواحدة، لأن لفظة يا زانية بيان لسبب الطلاق، وكذلك قوله لها: أنت طالق ثلاثاً بائناً إلا اثنتين عند الحنفية، فإنه يقع به واحدة بائنة عندهم، بخلاف: أنت طالق اثنتين رجعيتين إلا واحدةً. فإنه يقع به اثنتان رجعيتان، ويلغو الاستثناء لعدم إفادة هذا الفاصل.

ب - نية الحالف الاستثناء قبل الفراغ من التلفظ في الطلاق، عند المالكية والشافعية في الأصح، فإن نواه بعده لم يصح ويقع الطلاق بدونه، وفي قول ثان للشافعية: إن نواه بعده جاز، وقال الحنفية: يصح بغير نية مطلقاً، ولم أر من نص على ذلك من الحنبلية، ولعلهم مع الحنفية في ذلك.

ج - أن يكون الاستثناء بصوت مسموع لنفسه على الأقل، فلو كان دون ذلك لم يصح الاستثناء، لأنه مجرد نية، وهي غير كافية لصحته بالاتفاق.

د - عدم استغراق المستثنى للمستثنى منه، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً لم يصح، لأنه رجوع وإلغاء، وليس استثناءً.

وهل يجوز استثناء الأكثر؟ نص الجمهور على صحته، ونص الحنبلية على عدم صحته[١]، إلا أنه إن قال: طالق ثلاثاً إن شاء الله تعالى قاصداً الاستثناء متصلاً، لغا طلاقه عند الجمهور، خلافاً للحنبلية لما تقدم.

وهل يجب تقديم المستثنى منه على المستثنى؟ نص الشافعية والحنفية على عدم شرطية ذلك، وسووا بين أن يقدم المستثنى أو المستثنى منه، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدةً وقع اثنتان، وإذا قال: أنت إلا واحدةً طالق ثلاثاً، وقع اثنتان أيضاً[٢]، وإذا قال: أنت طالق إن شاء الله تعالى، صح الاستثناء، أو قال: إن شاء الله تعالى فأنت طالق، فكذلك، ما دام أدخل الفاء على "أنت" فإن لم يدخلها فقولان، المفتى به منهما: عدم الوقوع.

وهل يجب التلفظ بالمستثنى والمستثنى منه؟ نص الحنفية على عدم اشتراط ذلك، وعلى هذا إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً، ثم كتب متصلاً: إلا واحدةً، وقع اثنتان، ولو كتب: أنت طالق ثلاثاً، ثم قال متصلاً: إلا واحدةً وقع اثنتان أيضاً[٣]، فإن كتبهما معاً، ثم أزال الاستثناء وقع اثنتان فقط، ولا قيمة لإزالة الاستثناء بعد كتابته، لأنه رجوع عنه، والرجوع هنا غير صحيح.

هـ - أن لا يكون المستثنى جزء طلقة، فإن استثنى جزء طلقة لم يصح الاستثناء، وعلى ذلك إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة طلقت ثلاثاً، ولو قال لها: أنت طالق اثنتين إلا ثلثي طلقة، طلقت اثنتين أيضاً

---

(١) المغني ٧-٣٥٤.
(٢) مغني المحتاج ٣/٣٠٠.
(٣) مغني المحتاج ٣/٣٠٠

لـدى الجمهـور، وهـو الصـحيح لـدى الشـافعية، والثـاني: يصـح الاسـتثناء، ويستثنى بجزء الطلقة طلقة كاملة[1].

وهـل يكـون الاسـتثناء مـن المسـتثنى منـه الملفـوظ دون المملـوك؟ ذكـر الحنفية ذلك، وذكر الشافعية قولين، الأصح منهما: أن الاستثناء من الملفوظ كالحنفية.

والثاني: أنه يعتبر من المملوك، وعلى ذلك فلو قال لزوجته: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً طلقت اثنتين عند الحنفية والأصح من قولي الشافعية، وفي قول الشافعية الثاني طلقت ثلاثاً، لأنه يملك عليها ثلاثا، فلما استثنى منه ثلاثاً كان رجوعا، فلغا. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق عشراً إلا تسعاً، فإنها تطلق بواحدة على القول الأول، وبثلاث على القول الثاني.

وللمالكية في ذلك قولان: الراجح منهما اعتبار الملفوظ، فيستثنى منه، ومقابل الراجح اعتبار المملوك، فلو قال لها: أنت طالق خمساً إلا اثنتين، فعلى الراجح يلزمه ثلاث، وعلى المرجوح يلزمه واحدة[2].

الإنابة في الطلاق:

الطلاق تصرف شرعي قولي، وهو حق الرجل كما تقدم، فيملكه ويملك الإنابة فيه كسائر التصرفات القولية الأخرى التي يملكها، كالبيع والإجارة ... فإذا قال رجل لآخر: وكلتك بطلاق زوجتي فلانة، فطلقها عنه، جاز، ولو قال لزوجته نفسها: وكلتك بطلاق نفسك، فطلقت نفسها، جاز أيضاً، ولا تكون في هذا أقل من الأجنبي.

---

(١) الدر المختار ٣-٣٧٦، ومغني المحتاج ٣٠١/٣.

(٢) الدر المختار ٣٧٥/٣، ومغني المحتاج ٣٠١/٣، والشرح الكبير ٢-٣٨٩.

وللإنابة هذه حالان رئيسان، هما الوكالة والرسالة، فأما الرسالة فهي مثل قول الزوج لأجنبي: اذهب إلى زوجتي فلانة وقل لها: إن زوجك يقول لك اختاري نفسك إن شئت. والرسول هنا ناقل للكلام لا منشئ له، بخلاف الوكيل، فلا ينبني على قوله حكم، والحكم ينبني على قول الزوج، وكأنه قاله للزوجة بنفسه. وأما الوكالة فهي إنابة الزوج غيره زوجة كان أو غيرها بالطلاق، والإنابة هذه عند الحنفية على نوعين، تفويض وتوكيل، فالتفويض تمليك الطلاق للمفوَّض به، والتوكيل إنابة الوكيل بإجراء الطلاق من غير تمليك، ولكل من التفويض والتوكيل أحوال وأحكام عندهم يختلف بعضها عن الآخر[1].

وذهب المالكية إلى أن الإنابة هذه على ثلاثة أنواع، توكيل وتخيير وتمليك، فالتوكيل هو جعل الزوج الطلاق لغيره مطلقا، زوجة كان أوغيرها، والتخيير هو جعل الزوج لغيره إنشاء الطلاق ثلاثا، والتمليك هو جعل الزوج لغيره حق إنشاء الطلاق راجحا في الثلاث.

أما الشافعية والحنبلية فلم يلتزموا ما تقدم من المصطلحات، وإن كانوا يستعملون كلمة تفويض وكلمة توكيل في معنيين متما يزين هنا، لهذا فإنني سوف أبين الأحكام وفقا لمصطلحات كل من الحنفية والمالكية، ثم أبين مذهب الشافعية والحنبلية، كما يلي:

أولاً: مذهب الحنفية:

التفويض عند الحنفية يكون بإنابة الزوج زوجته في طلاق نفسها مطلقا، وقد ذكر الحنفية للتفويض ثلاثة ألفاظ، هي: طلقي نفسك، واختاري نفسك،

---

(١) الدر المختار ٣/٣١٤-٣١٥.

وأمرك بيدك، فالأولى يقع الطلاق بها صريحا بدون نية، واللفظان الآخران من ألفاظ الكناية، فلا يقع بهما الطلاق بغير نية.

كما يكون التفويض عندهم بإنابة الزوج أجنبياً عنه بطلاق زوجته إذا علقه على مشيئته، بأن قال له: طلق زوجتي إن شئت، فإن لم يقل له: إن شئت، كان توكيلاً لا تفويضاً.

هذا، وبين التفويض والتوكيل عند الحنفية فروق في الأحكام من حيثيات متعددة، أهمها :

أ - من حيث الرجوع فيه، فليس للزوج الرجوع في التفويض، لأنه تعليق على مشيئة، والتعليق يمين لا رجوع فيها، فإذا قال له: طلق زوجتي إن شئت، أو قال لزوجته: اختاري نفسك ناوياً طلاقها، لم يكن له أن يعزلها. أما الوكيل فله عزله مطلقاً ما دام لم يطلق.

ب - من حيث التحديد في المجلس: فللوكيل أن يطلق عن موكله في المجلس وغيره، ما لم يحده الموكل بالمجلس أو زمان ومكان معينين. فإن حده بذلك تحدد به، أما التفويض فمحدود بالمجلس، فإذا انقضى المجلس لغا التفويض، ما لم يبين له مدةً، أو يعلقه على مشيئته، فإن بين مدةً تحدد بالمدة المبيَّنة، كأن قال لها: طلقي نفسك خلال شهر، أو يوم، أو ساعة، أو طلقي نفسك متى شئت، فإن قال ذلك تحدد بما ذكر، لا بالمجلس.

ج - من حيث نوع الطلاق الواقع به، فقد ذهب الحنفية إلى أن التفويض إذا كان بلفظ صريح كقوله لها: طلقي نفسك فطلَّقت، وقع به الطلاق رجعياً، وإن قال لها: اختاري نفسك، فقالت: اخترت نفسي، وقع به بائناً، هذا إذا نويا الطلاق، وإلا لم يقع به شيء لأنه كناية.

د - من حيث تأثره بجنون الزوج. فإذا فوَّض الزوج زوجته أو غيرها بالطلاق، ثم جُن، فالتفويض على حاله، وإن وكلَّ بالطلاق فجن بطل التوكيل، لأن التفويض تمليك، وهو لا يبطل بالجنون، على خلاف التوكيل، فهو إنابة محضة، وهي تبطل بالجنون.

هـ - من حيث اشتراط أهلية النائب، فإن التفويض يصح لعاقل ومجنون وصغير، على خلاف التوكيل، فإنه يشترط له أهلية الوكيل، وعلى هذا فلو فوَّض زوجته الصغيرة بطلاق نفسها فطلَّقت، وقع الطلاق، ولو وكل أخاه الصغير بطلاقها، فطلقها لم يصح، فلو فوَّضها بالطلاق، وهي عاقلة، ثم جنت فطلقت نفسها، لم يصح عند الحنفية استحساناً.

و - من حيث عدد الطلقات الواقعة به، فإن عين في التفويض أو التوكيل عددا تحدد حق المناب بذلك العدد، فإن طلَّق به أو بأقل منه نفذ، وإن طلَّق بأكثر منه لم ينفذ إلا بمقداره، فإن عمم ولم يحدد، فإن نوى عددا وكان اللفظ يحتمله ملك المُناب العدد المنوي، وإن لم ينو ، أو كان اللفظ لا يحتمله، لم يقع به أكثر من واحدة.

ثانياً: مذهب المالكية:

النيابة في الطلاق عند المالكية أربعة أنواع: توكيل وتخيير وتمليك ورسالة. فالتوكيل عندهم هو: جعل الزوج الطلاق لغيره -زوجة كان أو غيرها- مع بقاء الحق للزوج في منع الوكيل -بعزله- من إيقاع الطلاق، كقوله لها: أمرك بيدك توكيلاً.

والتخيير عندهم هو: جعل الطلاق الثلاث حقاً للغير وملكاً له نصاً، كقوله لها: اختاريني أو اختاري نفسك.

والتمليك هو: جعل الطلاق حقاً للغير وملكاً له راجحاً في الثلاث، كقوله لها: أمرك بيدك.

وبين هذه الثلاثة اتفاق واختلاف على ما يلي:

أ - فمن حيث جواز الرجوع فيه، في التوكيل للزوج حق عزل وكيله بالطلاق مطلقاً، سواء أكان الوكيل هو الزوجة أم غيرها، إلا أن يتعلق به حق للزوجة زائد عن التوكيل، كقوله لزوجته: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، أو أمر الداخلة عليك بيدك، فإنه لا يملك عزلها في هذه الحال، لتعلق حقها به، وهو دفع الضرر عنها، ولولا ذلك لأمكنه عزلها، فإن فوضه بالطلاق تخييراً أو تمليكاً لم يكن له عزل المفوض حتى يطلق أو يرد التفويض.

ب - ومن حيث تحديده بمدة، فإن حدد الزوج النيابة بأنواعها بالمجلس تحدد به مطلقاً، وإن حددها بزمان معين بعد المجلس لم تقتصر على المجلس، ولكن إن مارس النائب حقه في الطلاق خلال الزمن المحدد طلقت، وإلا فهو على حقه ما دام الزمان باقياً، إلا أن يعلم القاضي بذلك، فإن علم به، فإنه يحضره ويأمره بالاختيار، فإن اختار الطلاق طلقت، وإلا أسقط القاضي حقه في ذلك، ولا يمهله ولو رضي الزوج بالإمهال، وذلك حمايةً لحق الله تعالى، فإن أطلق ولم يحدده بالمجلس ولا بزمن آخر، فللمالكية روايتان:

الأولى: يتحدد بالمجلس كالحنفية.

والثانية: لا يتحدد به.

ج - من حيث عدد الطلقات، إن كان التفويض تخييراً مطلقاً -وقد دخل بزوجته- فللمفوَّضة إيقاع ما شاءت من الطلاق، واحدةً واثنتين وثلاثاً، وإن كان لم يدخل بها، أو كان التفويض تمليكاً، فله منعها من أكثر من واحدة،

بشروط ستة، إن توفرت لم يقع بقولها أكثر من واحدة، وإن اختلت وقع ما ذكرت.

وهذه الشروط هي:

أ - أن ينوي ما هو أقل من الثلاث، فإن نوى واحدةً لم تملك بذلك أكثر منها، فإذا نوى اثنين ملكتهما ولم تملك الثلاث.

ب - أن يبادر للإنكار عليها فور إيقاعها الثلاث، وإلا سقط حقه ووقع ثلاث.

ج - أن يحلف أنه لم ينو بذلك أكثر من العدد الذي يدعيه، واحدةً أو اثنتين، فإن نكل قضي عليه بما أوقعت، ولا ترد اليمين عليها.

د - عدم الدخول بالزوجة إن كان التفويض تخييراً، وإلا وقع الثلاث عليها إن أوقعها مطلقاً.

هـ- أن لا يكرر التفويض، فإن كرره بأن قال لها: أمرك بيدك، أمرك بيدك. أمرك بيدك، لم يقبل اعتراضه على طلاقها الثلاث، إلا أن ينوي بالتكرار التأكيد، فيقبل اعتراضه.

و- أن لا يكون التفويض مشروطاً عليه في العقد، فإن شرط في العقد ملكت الثلاث مطلقاً. فإن خيرها ودخل بها فطلقت نفسها واحدة فقط، لم تقع، وسقط تخييرها، لأنها خرجت بذلك عما فوضها، وقد انقضى حقها بإظهار مخالفتها، فسقط خيارها في قول، وفي قول آخر لم يسقط بذلك خيارها[1].

ثالثاً: مذهب الشافعية والحنبلية:

أجاز الشافعية والحنبلية للزوج إنابة زوجته بالطلاق، كما تقدم، كما أجازوا له إنابة غيرها به أيضاً، فإن أناب الغير كان توكيلاً، فيجري عليه من الشروط والأحكام ما يجري على التوكيل، من جواز التقييد والرجوع فيه، وإن أناب

---

(١) الشرح الكبير والدسوقي عليه ٢/٤٠٥-٤١٢.

الزوجة بالطلاق فهو تمليك على الأرجح عند الشافعية، وهو المذهب الجديد، وقيل توكيل كالأجنبي، وهو مذهب الحنبلية.

إلا أن التمليك عندهم يقبل الرجوع فيه، كالتوكيل، خلافا للحنفية والمالكية، ويشترط لصحته قبولها به، في قول، وفي قول آخر لا، كالتوكيل.

هذا ويتحدد التفويض بالمجلس عند الشافعية، ما لم يكن تفويضا لها بالطلاق على مال، فإنه توكيل لا يتحدد بالمجلس في قول للشافعية، وفي قول آخر تمليك فيتحدد به، وعند الحنبلية لا يتحدد بالمجلس بل يثبت على التراخي.

ثم إنه إن حدد عددا للطلاق تحددت إنابته به، وإن لم يحدد تحدد العدد بنية الزوج إن كان له نية، وإلا تحدد بواحدة في الأصح عند الشافعية، وفي قول ثان ملك النائب ثلاثا[1].

وهو مذهب الحنبلية، إذا كان اللفظ يحتمله، وإلا ملك واحدة فقط[2].

واستثنى الحنبلية من ذلك لفظ التخيير، وقالوا يثبت به حقها في الطلاق على الفور فقط، كالجمهور، فإن قال لها: اختاري نفسك، فإن اختارت فورا طلقت، وإلا سقط حقها في الاختيار، هذا ما لم يحدد لها مدة، فإن حدد لها مدة تحدد خيارها بها، ثم إنها لا تملك بهذا اللفظ أكثر من تطليقة واحدة رجعية، إلا أن يحدد أكثر من ذلك.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٥-٢٨٧.

(٢) المغني ٧/٣٣٦-٣٤٦.

طلاق الفارّ[1]:

طلاق الفار هو: طلاق الزوج زوجته بائناً في حال مرض موته، وقد يعنون الفقهاء له: بطلاق المريض.

وقد ذهب الفقهاء إلى صحة طلاق الزوج زوجته إذا كان مريضاً مرض موت، كصحته من الزوج غير المريض، ما دام كامل الأهلية.

كما ذهبوا إلى إرثها منه إذا مات وهي في عدتها من طلاق رجعي، سواء أكان بطلبها أم لا، وأنها تستأنف لذلك عدة الوفاة.

فإذا كان الطلاق بائناً ومات وهي في العدة، فإن كان الزوج صحيحاً عند الطلاق غير مريض مرض الموت، لم ترث منه بالاتفاق، وتبني على عدة الطلاق، وإن كان مريضاً مرض موت عند الطلاق، فكذلك عند الشافعية في الجديد.

وذهب الحنفية، والحنبلية في الأصح، وهو المذهب القديم للشافعية، إلى أنها ترث منه معاملةً له بنقيض قصده، وتعتد بأبعد الأجلين، ويعد فاراً بهذا الطلاق من إرثها، واسمه طلاق الفرار.

واشترطوا له أن يكون بغير طلبها ولا رضاها بالبينونة، وأن تكون أهلاً للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة، فإن كان الطلاق برضاها كالمخالعة لم ترث.

وكذلك عند الحنفية إذا كانت البينونة بسبب تقبيلها ابن زوجها أو غيره، فإنها لا ترث أيضاً، لأن سبب الفرقة ليس من الزوج، فلا يعد بذلك فاراً من إرثها، فإن طلبت منه الطلاق مطلقاً، أو طلبت طلاقاً رجعياً فطلقها بائنا واحدةً

---

(١) الدر المختار ٣/٣٨٧-٣٨٨، والمغني ٨/٧٩، ومغني المحتاج ٣/٢٩٤.

أو أكثر، ثم مات وهي في عدتها، ورثت منه، لأنها لم تطلب البينونة ولم ترض بها.

فإذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث منه، ولم تتغير عدتها لدى الجمهور، ولا يعد فاراً بطلاقها، وفي قول ثان للحنبلية أنها ترث منه ما لم تتزوج من غيره، وهو خلاف الأصح عندهم.

والمالكية على توريثها منه مطلقاً، أي سواء كان بطلبها كالمخيَّرة والمملَّكة والمخالعة، أو بغير طلبها، حتى لو مات بعد عدتها وزواجها من غيره.

مسألة الهدم[1]:

هذه المسألة تميزت بلقب خاص بها لدى الفقهاء، نظراً لاختلافهم فيها وأهميتها، ويتبين ذلك مما يلي:

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاثاً، ثم تزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها، ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها منه: أنه يملك عليها ثلاث تطليقات.

كما اتفقوا على أنه إذا طلقها بما دون الثلاث، ثم تزوجها -دون الزواج من آخر- أنه يملك عليها ما بقي له إلى الثلاث فقط.

فإذا طلقها بما دون الثلاث، فتزوجت من غيره بعد عدتها، ودخل بها، ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها منه، أفيلمك عليها ثلاث تطليقات كما لو أبانها بثلاث، أم يملك عليها ما بقي له إلى الثلاث، كما لو عادت إليه قبل الزواج من غيره؟

---

(١) الدر المختار ٣/٤١٨، والمغني ٧/٤٤٢-٤٤٤، ومغني المحتاج ٣/٢٩٣.

فذهب الجمهور، وفيهم محمد بن الحسن من الحنفية إلى أنه يملك عليها ما بقي له إلى الثلاث. فإن كان أبانها بواحدة ملك عليها اثنتين أخريين، وإن كان أبانها باثنتين ملك عليها ثالثة فقط، وهو مذهب عدد من الصحابة، فيهم عمر، وعلي، وعمران بن حصين، وأبو هريرة وغيرهم رضي الله تعالى عنهم.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه يملك عليها ثلاثاً، وقد انهدم ما أبانها به سابقاً، ومن هنا سميت هذه المسألة بمسألة الهدم، وقول الشيخين هذا هو مذهب عدد من الصحابة، فيهم ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول للحنبلية، والقول الثاني -وهو الأرجح عندهم- مع الجمهور.

وقد اختلف الترجيح في المذهب الحنفي، فمنهم بل أكثرهم قالوا بترجيح قول محمد، كالكمال بن الهمام، بل إنه قال عنه: إنه الحق، وتبعه في ذلك صاحب النهر والبحر والشرنبلالي وغيرهم، ومنهم من رجح قول الشيخين كالعلامة قاسم، وعليه مشت المتون.

حكم جزء الطلقة[1]:

إذا قال الزوج لزوجته: أنت طالق مرة طلقت مرة، وإن قال لها: أنت طالق طلقتين، طلقت طلقتين، وإن قال: ثلاثا طلقت ثلاثا، وقد تقدم ذلك، فإن قال لها: أنت طالق نصف طلقة، أو ربع طلقة، أو ثلث طلقة أو أقل من ذلك أو أكثر، وقع عليه طلقة واحدة بالاتفاق، لأن الطلقة تحريم، وهو لا يتجزأ.

وفي المسألة تفصيل يحسن معه ذكر كل مذهب على حدة:

قال الحنفية: وجزء الطلقة ولو من ألف جزء تطليقة لعدم التجزؤ، فلو زادت الأجزاء وقع أخرى، وهكذا ما لم يقل: نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة،

(١) المغني ٧/٤٢٦-٤٢٨، ومغني المحتاج ٣/٢٩٨-٢٩٩،والدر المختار ٣/٢٦٠.

فيقع الثلاث، لأن المنكَّر إذا أعيد منكَّراً كان الثاني غير الأول، فيتكامل كل جزء، بخلاف ما إذا قال: نصف تطليقة وثلثها وسدسها، حيث تقع واحدةً، لأن الثاني والثالث عين الأول.

فإن جاوز مجموع الأجزاء تطليقةً - بأن قال: نصف تطليقة وثلثها وربعها- قيل: تقع واحدة، وقيل ثنتان، وهو المختار، وصححه في الظهيرية.

ولو بلا واو بأن قال: نصف طلقة، ثلث طلقة، سدس طلقة، فواحدة، لدلالة حذف العاطف على أن هذه الأجزاء من طلقة واحدة، وأن الثاني بدل من الأول، والثالث بدل من الثاني.

وقال الحنفية أيضاً، ويقع بثلاثة أنصاف طلقتين ثلاث طلقات، لأن نصف التطليقتين واحدة، فثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث تطليقات، وقيل اثنتان، لأن التطليقتين إذا نصفتا كانتا أربعة أنصاف، فثلاثة منها طلقة ونصف، فتكمل تطليقتين.

ويقع بثلاثة أنصاف طلقة، أو نصفي طلقتين طلقتان في الأصح، وكذا في نصف ثلاث تطليقات، لأنها طلقة ونصف، فيتكامل النصف، وفي نصفي طلقتين يتكامل كل نصف فيحصل طلقتان.

وقال المالكية: لو قال الزوج لزوجته: أنت طالق نصف تطليقة أو نصف طلقتين لزمه طلقة واحدة، ولو قال لها: أنت طالق نصف وثلث طلقة، لزمته واحدة، لعدم إضافة الجزء للفظ طلقة، ولو قال لها: أنت طالق نصف وثلث وربع طلقة، لزمه اثنتان، لزيادة الأجزاء على واحدة.

ولو أضاف الجزء للفظ طلقة، فقال لها: أنت طالق ثلث طلقة وربع طلقة بحرف العطف، لزمه اثنتان.

وإن قال لها: أنت طالق ثلث طلقة وربع طلقة ونصف طلقة لزمه ثلاث طلقات، لأن كل كسر أضيف لطلقة أخذ مميزه، فاستقل بنفسه، أي: حكم بكمال الطلقة فيه، فالجزء الآخر المعطوف يعد طلقةً.

وقال الشافعية: لو قال الزوج لزوجته: أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة، لأن الطلاق لا يتبعض، فإيقاع بعضه كإيقاع كله، ولو قال لها: أنت طالق نصفي طلقة، وقعت طلقة، لأن نصفي الطلقة طلقة، إلا أن يريد أن كل نصف من طلقة، فتقع طلقتان، عملاً بقصده، والأصح عندهم: أن قول الزوج لزوجته: أنت طالق نصف طلقتين يقع به طلقة، لأن ذلك نصفهما، ما لم يرد كل نصف من طلقة، فتقع طلقتان.

وفي أجزاء الطلقة قال الشربيني الخطيب: حاصل ما ذكر أنه إن كرر لفظ طلقة مع العاطف ولم تزد الأجزاء على طلقة كأنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة كان كل جزء طلقة، وإن أسقط لفظ طلقة كأنت طالق ربع وسدس طلقة، أو أسقط العاطف، كأنت طالق ثلث طلقة ربع طلقة، كان الكل طلقة، فإن زادت الأجزاء كنصف وثلث وربع طلقة، كمل الزائد من طلقة أخرى. ووقع به طلقة، ولو قال نصف طلقة ونصفها ونصفها، فثلاث، إلا إن أراد بالنصف الثالث تأكيد الثاني، فطلقتان.

وقال الحنبلية: إن قال الزوج لزوجته: أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة، لأن نصفي الشيء كله، وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف، فكمل النصف فصارا طلقتين، وإن قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة، لأن نصف الطلقتين طلقة، وإن قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان، لأن نصفي الشيء جميعه، فهو كما لو قال: أنت طالق

طلقتين، وإن قال: أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين، لأن نصفها طلقة ونصف، ثم يكمل النصف فتصير طلقتين.

وإن قال: أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة، لأنها أجزاء الطلقة، ولو قال: أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة، فقال أصحابنا: يقع ثلاث، لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة، فظاهره أنها طلقات متغايرة، ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف، فقال: ثلث الطلقة وسدس الطلقة، فإن أهل العربية قالوا: إذا ذُكر لفظ ثم أعيد منكَّراً فالثاني غير الأول، وإن أعيد معرَّفاً بالألف واللام فالثاني هو الأول.

وإن قال: أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت طلقةً، لأنه لم يعطف بواو العطف، فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة، ولأنه يكون الثاني هاهنا بدلاً من الأول، والثالث من الثاني، والبدل هو المبدل أو بعضه، فلم يقتض المغايرة، وعلى هذا التعليل لو قال: أنت طالق طلقةً نصف طلقة، أو طلقةً طلقةً، لم تطلق إلا طلقةً، فإن قال: أنت طالق نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة، لأن هذه أجزاء الطلقة، إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين، لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ثم يكمل، وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً.

الرجعة في الطلاق:

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته بائناً لا يعود إليها إلا بعقد جديد. في العدة أو بعدها، ما دامت البينونة صغرى، وكذلك الحكم بعد فسخ الزواج.

فإذا كانت البينونة كبرى، فلا يعود إليها إلا بعقد جديد أيضاً، ولكن بعد أن تتزوج من غيره، ويدخل بها، ثم يفارقها وتنقضي عدتها، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾﴾ [البقرة:٢٣٠] .

كما اتفقوا على أن الزوج إذا طلق زوجته رجعياً واحدةً أو اثنتين، فإن له العود إليها بالمراجعة بدون عقد، ما دامت في العدة، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقد اتفق الفقهاء في بعض أحكام الرجعة، واختلفوا في بعضها الآخر كما يلي:

تعريف الرجعة:

الرجعة لدى الفقهاء هي: استدامة الملك القائم بالنكاح في العدة.

شروط الرجعة:

للرجعة شروط اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، على ما يلي:

١- أن تكون بعد طلاق رجعي مرة أو مرتين. أما الطلاق البائن فلا رجعة فيه بالاتفاق، كما تقدم، سواء أكانت البينونة كبرى أو صغرى، وكذلك الفسخ، لما فيه من انقضاء النكاح. وهذا الشرط محل الاتفاق.

٢ – أن تكون في العدة، فإذا مضت العدة فلا رجعة، لحلول البيبنونة، وهذا محل الاتفاق أيضا.

٣ – أن تكون بقول صريح أو كنائي، فأما الصريح فكقوله لها: راجعتك لعقد نكاحي، وأما الكنائي فكقوله لها: عودي إلى ما كنت عليه، فأما الصريح فتصح الرجعة به بدون نية بالاتفاق، وأما الكنائي فلا تصح به الرجعة بدون نية لاحتماله الرجعة وغيرها، فلا يصرف إليها بدون نية، وهذا محل الاتفاق أيضا.

٤- أن تكون بفعل تثبت به حرمة المصاهرة، كالوطء واللمس بشهوة والنظر إلى الفرج الداخلي بشهوة... سواء أكانت الشهوة من الزوج أم من الزوجة، بقصد أو بغير قصد، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، وإن كان ذلك مكروها عندهم، وخالف الشافعية، وقالوا: لا رجعة بغير القول، أما الحنبلية فعندهم روايتان. الأولى كالشافعية وهي الأظهر، والثانية كالحنفية والمالكية، وهي رواية ابن حامد والقاضي، إلا أن المالكية اشترطوا في الرجعة بالفعل النية في رواية ابن حامد. وفي رواية ثانية للمالكية رواها ابن وهب لا تشترط النية إذا كانت المراجعة بالوطء، ولم يشترطها الحنفية والحنبلية، أما غير الوطء من الأفعال فلا بد فيه من النية.

٥- الإشهاد وقد اشترطه الحنبلية في رواية، وفي رواية ثانية اختارها أبو بكر لا يشترط. وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية، لكنهم قالوا يندب الإشهاد.

٦- أن يكون المراجع ممن يملك النكاح بنفسه، أي عاقلا بالغا، فإن جن بعد الطلاق جازت المراجعة بقول الولي، لأنها مثل النكاح.

٧- أن تكون منجَّزة. فإن علقها على شرط كأن يقول: إن جاء فلان فقد راجعتك، لم تصح، لأنها كالنكاح، وهو لا يصح معلقا على شرط، فكذلك

هذه، وهل يشترط إعلام الزوجة بها، أو رضاها بها؟ لم يشترط الفقهاء ذلك، إلا أنه مندوب عندهم.

وهل يحرم على الرجل وطء معتدته من طلاق رجعي: نص الشافعية على التحريم، ومنعوا الزوج من الدخول عليها قبل المراجعة بالقول، ونص الحنفية على الإباحة، بل إنهم استحسنوا لها أن تتزين له، وهو مقتضى مذهب المالكية، إلا أن الحنفية قالوا: يندب له أن لا يدخل عليها إلا بإذنها، وللحنبلية روايتان، الأولى مع الشافعية والثانية مع الحنفية.

طرق ثبوت الرجعة :

إذا تصادق الزوجان على الرجعة ثبتت بتصادقهما في العدة أو بعدها على سواء، فإن أنكرتها الزوجة وادعاها الزوج، فإن كان ذلك في العدة فالقول قول الزوج بدون يمين، لأنه لا زال يملكها، فادعاؤه بها بمثابة إنشاء لها، وإن كان ذلك بعد العدة، فإن صدقته الزوجة ثبتت بذلك، وإلا لم تثبت الرجعة، مالم يقم البينة، فإن أقامها الزوج على أنه راجعها في العدة، أو أنه قال أثناء العدة: إنني راجعتها بالقول، أو أنه قال في العدة: إنني جامعتها... صحت وثبتت بذلك أيضا، وإلا فلا. فإن صدقته الزوجة بالمراجعة إلا أنها ادعت أن ذلك كان بعد انقضاء عدتها، فإن كان ادعاؤها بانقضاء عدتها قبل ادعاء الزوج بالمراجعة، أو كان فور ادعائه بالمراجعة، صُدقت ما دامت المدة تحتمل ذلك، وهي شهران عند أبي حنيفة، فإن كانت المدة لا تحتمله، أو أنها سكتت بعد ادعائه مدة ثم قالت: انقضت عدتي. لم تُصدق، إلا أن تدعي انتهاء عدتها بالولادة أو الإسقاط، فإنها تصدق إن أثبتت ما ادعت به.

التفريق للشقاق:

الشقاق هنا: هو النزاع بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين، أو بسببهما معاً، أو بسبب أمر خارج عنهما.

وقد عني الإسلام بالأسرة كثيرا، وعمل على توفير عناصر الحماية والرعاية والاحتياط لها منذ نشوئها، حيث أوصى الرجال بحسن اختيار زوجاتهم. فقال النبي ﷺ في ذلك: «**تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك**» رواه البخاري، وقال ﷺ: «**لا تنكحوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تنكحوا النساء لأموالهن فعسى أموالهم أن تطغيهن وانكحوهن على الدين فلأمة سوداء خرقاء ذات دين أفضل**» رواه البيهقي، كما أوصى أولياء أمور النساء بحسن اختيار الأزواج لبناتهن، فقال ﷺ: «**إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض**» رواه الترمذي وابن ماجه.

إلا أن ذلك كله قد لا يكون كافيا في توفير السعادة والتفاهم الكاملين بين الزوجين، ولا يحول بقطع دون نشوب أي نزاع بينهما في المستقبل، فإن الصالح قد يتغير حاله، كما أن اختلاف المزاج بين الزوجين الصالحين قد يكون سببا في إثارة النزاع والشقاق، وفي هذه الحال نرى أن القرآن الكريم يتوجه للزوج بالأمر بالصبر والاحتمال والوعد له بالمثوبة في الآخرة، قال تعالى: ﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُواْ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۝﴾ [النساء: ١٩]، وهذا الخطاب موجه حكما للزوجات أيضا، كما هو موجه للأزواج..

فإن تعذر الصبر على الزوجين، وكان المتسبب في الضرر هو الزوجة، فقد توجه القرآن الكريم للزوج بالأمر بالوعظ والهجر والضرب الخفيف، قال تعالى:

﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤﴾ [النساء:٣٤] .

وإن كان المتسبب في الضرر هو الزوج، فقد توجه القرآن الكريم للزوجة بالعمل على إصلاح الحال مع الزوج، وعمل كل ما يناسب ذلك ويؤدي إليه، من الكلمة الطيبة والصبر الجميل والتواضع والصفح... قال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ وَإِن تُحۡسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ١٢٨﴾ [النساء:١٢٨]، فإذا لم يفد ذلك، كان لها رفعه للقاضي لوعظه، أو توبيخه، أو تعزيره، بما يراه مناسبا ومفيدا، فإذا جهل المتسبب في الضرر، أو كان الضرر منهما مشتركا فقد أمر الله تعالى أولياء الأمور ببعث حكمين من أهل الزوجين إن أمكن، للعمل على الإصلاح بينهما، وإزالة أسباب النزاع والشقاق، بالوعظ وما إليه، قال تعالى: ﴿وإِنَ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ٣٥﴾ [النساء:٣٥]، ومهمة الحكمين هنا الإصلاح بين الزوجين بحكمة وروية.

هذا ما اتفق عليه الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا فيما وراء ذلك، اختلفوا في مهمة الحكمين، أهي الإصلاح فقط، أم هي الإصلاح والتفريق بين الزوجين عند تعذر الإصلاح. كما اختلفوا في شروط الحكمين، وذلك على الوجه التالي:

أ - مهمة الحكمين:

ذهب الحنفية إلى أن مهمة الحكمين الإصلاح لا غير، فإذا نجحا فيه فبها، وإلا تركا الزوجين على حالهما ليتغلبا على نزاعهما بنفسيهما، إما بالمصالحة، أو بالصبر، أو بالطلاق، أو بالمخالعة، وليس للحكمين التفريق بين الزوجين، إلا أن يفوض الزوجان إليهما ذلك، فإن فوضاهما بالتفريق بعد العجز عن التوفيق، كانا وكيلين عنهما في ذلك، وجاز لهما التفريق بينهما بهذه الوكالة.

وذهب المالكية إلى أن واجب الحكمين الإصلاح أولاً، فإن عجزا عنه لتحكم الشقاق، كان لهما التفريق بين الزوجين دون توكيل، ووجب على القاضي إمضاء حكمهما بهذا التفريق إذا اتفقا عليه، وإن لم يصادف ذلك اجتهاده، قال سيدي خليل في متنه: (وأتيا الحاكم فأخبراه ونفَّذ حكمهما) وقال الدردير شرحا: (وجوبا ولا يجوز له معارضته ونقضه ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه)[1]. فإن طلقا، واختلف الحكمان في المال، بأن قال أحدهما: الطلاق بعوض. وقال الآخر: بلا عوض، فإن لم تلتزمه المرأة فلا طلاق يلزم الزوج، ويعود الحال كما كان. وإن التزمته وقع وبانت منه، وإن اختلفا في قدره بأن قال أحدهما: طلقنا بعشرة، وقال الآخر: بثمانية، فيوجب ذلك الاختلاف للزوج خلع المثل. وكذلك لو اختلفا في صفته، أو جنسه.

وذهب الشافعية إلى أنه إن اشتد الشقاق بين الزوجين بعث القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها، وهما وكيلان لهما في الأظهر، وفي قول: هما حاكمان مولّيان من الحاكم.

---

(١) الشرح الكبير ٢-٣٤٦.

فعلى الأول: يشترط رضاهما ببعث الحكمين، فيوكل الزوج حكَمه بطلاق وقبول عوض خلع، وتوكل الزوجة حكَمها ببذل عوض وقبول طلاق، ويفرق الحكمان بينهما إن رأياه صواباً، وإن اختلف رأيهما بعث القاضي اثنين غيرهما، حتى يجتمعا على شيء.

وعلى القول الثاني: لا يشترط رضا الزوجين ببعثهما، ويحكمان بما يريانه مصلحةً من الجمع أو التفريق.

وذهب الحنبلية إلى أن مهمة الحكمين الأولى التوفيق، فإن عجزا عنه لم يكن لهما التفريق في قول كالحنفية، وفي قول آخر: لهما ذلك كالمالكية.

والأول هوالأظهر لدى الشافعية والحنبلية[١].

ب - شروط الحكمين:

اشترط الحنفية في الحكمين، ومعهم الشافعية، والحنبلية في القول الأظهر، شروطاً هي:

أ - **كمال الأهلية**، وهي: العقل والبلوغ والرشد، فلا يجوز تحكيم الصغير والمجنون والسفيه.

ب - **الإسلام**، فلا يحكم غير المسلم في المسلم، لما فيه من الاستعلاء عليه.

ج - **الحُريَّة**، فلا يحكم عبد، وللحنبلية قول آخر بجواز جعل العبد محكَّماً، ما دام التحكيم وكالةً.

د - **العدالة**، وهي: ملازمة التقوى.

هـ- **الفقه** بأحكام هذا التحكيم.

و- أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن، على سبيل الندب لا الوجوب.

---

(١) مغني المحتاج ٢٦١/٣، والمغني ٢٥٢/٧.

ثم إن وكل الزوجان الحكمين بالتفريق برضاهما كان لهما التفريق أيضاً بعد العجز عن الجمع والتوفيق، فإن لم يوكلاهما في ذلك لم يكن لهما غير التوفيق، وفي حال التوكيل في التفريق يشترط إلى جانب ما تقدم: أن يكون الزوجان كاملي الأهلية راشدين، لما في ذلك من احتمال رد بعض المهر.

فإن وكل الزوجان الحكمين بالتفريق، ثم جن أحدهما، أو أغمي عليه قبل التفريق، لغا التوكيل، ولم يكن للحكمين غير التوفيق، فإن غاب أحد الزوجين قبل التفريق لم ينعزل الحكمان، ويكون لهما التفريق في غيبته، لأن الغيبة لا تبطل الوكالة، بخلاف الجنون والإغماء.

واشترط المالكية في الحكمين، ومعهم الشافعية في مقابل الأظهر، والحنبلية في القول الثاني فوق ما تقدم الذكورة، لأن الحكمين هنا حاكمان، ولا يجوز جعل المرأة عندهم حاكماً خلافا للحنفية، والحكمان يحكمان بالتفريق جبراً عن الزوجين. لأنهما حاكمان هنا ونائبان عن القاضي، إلا أن يسقط الزوجان متفقين دعوى التفريق قبل حكم الحكمين، فإن فعلا سقط التحكيم ولم يجز لهما الحكم بالتفريق به، لأن شرط التحكيم هنا الدعوى، وهذا إذا كانا محكمين من القاضي، فإن كانا محكمين من قبل الزوجين من غير قاض. فكذلك ينفذ حكمهما على الزوجين وإن لم يقبلا به، ما داما لم يعزلاهما قبل الحكم، فإن عزلاهما قبل الحكم انعزلا، ما لم يكن ذلك بعد ظهور رأيهما، فإن كان بعد ظهور رأيهما لم ينعزلا[1].

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٤٣-٣٤٧.

كما أوجب المالكية كون الحكمين من أهل الزوجين، ولم يجيزا تحكيم غيرهما. إلا أن لا يوجد من أهلهما من يصلح للتحكيم، فإن لم يوجد جاز تحكيم جاريهما، أو غيرهما، وندب أن يكونا جارين للعلم بحالهما غالباً.

ثم إذا وكل الزوجان الحكمين بالتفريق مخالعةً، كان لهما ذلك بحسب رأيهما، ما لم يقيداهما بشيء، فإن قيداهما تقيدا به لدى الجميع.

فإذا لم يوكلاهما بالتفريق والمخالعة، كان لهما التفريق عند المالكية دون الجمهور كما تقدم. وهنا يملك الحكمان التفريق بطلاق أو مخالعة بحسب رأيهما، فإن رأيا أن الضرر كله من الزوج طلقا عليه، وإن رأيا أنه كله من الزوجة فرقا بينهما بمخالعة، على أن ترد له كل المهر، وربما أكثر منه أيضاً، وإن كان الضرر بعضه من الزوجة وبعضه من الزوج، فرقا بينهما مخالعةً على جزء من المهر يناسب مقدار الضرر من كل.

وهل يحتاج تفريق الحكمين إلى قضاء القاضي به؟

إن كان المحكمان موكلين من الزوجين في التفريق، فلا حاجة لحكم القاضي بتفريقهما، وتقع الفرقة بحكمهما مباشرة.

وإن كانا محكمين من القاضي، ألزما برفع تقريرهما إليه لينفذه، إلا أنه لا خيار له في إنفاذه، بل هو مجبر عليه وإن خالف اجتهاده كما تقدم، فإذا اختلف الحكمان ولم يتفقا على شيء، عزلهما القاضي وعين حكمين آخرين بدلا منهما، وهكذا حتى يتفق حكمان على شيء فينفذه.

نوع الفرقة الثابتة بتفريق الحكمين:

ذهب المالكية إلى أن التفريق للشقاق طلاق بائن، سواء أكان الحكمان من قبل القاضي أم من قبل الزوجين، وهو طلقة واحدة، حتى لو أوقع الحكمان

طلقتين أو ثلاثاً لم يقع بحكمهما أكثر من واحدة، وسواء أكان تفريقهما طلاقاً أم مخالعةً على بدل.

وذهب الشافعية والحنبلية إلى أنهما إن فرقا بخلع فطلاق بائن، وإن فرقا بطلاق فهو طلاق، ولم أر من نص منهم على أنه بائن أو رجعي، ولعله هنا رجعي عندهم، أخذا من إطلاقاتهم.

وهل للزوجين إقامة حكَم واحد بدلاً من اثنين؟ والجواب نعم، نص عليه المالكية.

وهل يكون ذلك لولي الزوجين أيضاً؟ تردد المالكية فيه.

وللشافعية فيه قولان، الظاهر منهما عدم الاكتفاء بواحد للآية: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النساء: من الآية٣٥].

التفريق للضرر:

نص المالكية على أن الزوجة إذا أضر بها زوجها كان لها طلب الطلاق منه لذلك. سواء تكرر منه الضرر أم لا، ما دام الضرر بينا، كشتمها وضربها ضرباً مبرحاً.

وهل تطلق بنفسها هنا بأمر القاضي، أو يطلق القاضي عنها؟ قولان للمالكية[1]، ولم أر من الفقهاء الآخرين من نص عليه بوضوح، وكأنهم لا يقولون به ما لم يصل الضرر إلى حد إثارة الشقاق، فإن وصل إلى ذلك، كان الحكم كما تقدم.

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٤٥.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على التفريق للشقاق أو الضرر في المواد /١١٢-١١٥/ منه، ونصها كما يلي:

المادة/١١٢/:

١- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

٢- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة.

٣- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر، أملا في المصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح، عيَّن القاضي حكمين من أهل الزوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما، وحلفهما يمينا على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة.

المادة/١١٣/:

١- على الحكمين أن يتعرَّفا أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي، لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

٢- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

المادة/١١٤/:

١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة.

٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما، قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر، أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.
٣- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة، إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.
٤- إذا اختلف الحكمان حكَّم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكما ثالثا مرجحا وحلَّفه اليمين.

المادة/١١٥/:

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الآخيرة حكمين آخرين.

ونص القانون الكويتي للأحوال الشخصية على ذلك في المواد /١٢٦-١٣٥/ منه، على ما يلي:

المادة/١٢٦/:

لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به، قولا أو فعلا. بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما.

المادة/١٢٧/:

على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عينت حكمين للتو فيق أو التفريق .

المادة/١٢٨/:

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين، من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم والقدرة على الإصلاح.

المادة/١٢٩/:

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة.

المادة/١٣٠/:

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

أ- فإن تبين أن الإساءة كلها من الزوج وكانت الزوجة طالبة للتفريق اقترح الحكمان التفريق وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق، وإن كان الزوج طالبا للتفريق اقترح الحكمان رفض دعواه.

ب- وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة اقترحا التفريق بين الزوجين نظير رد ما قبضته من المهر، وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق.

ج – وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض، أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

د- وإن لم يعرف المسيء من الزوجين، فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة، أو كان كل منهما يطلب التفريق، اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

هـ - التفريق للضرر يقع طلقة بائنة.

المادة/١٣١/:

أ- على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريهما مفصلا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام المادة السابقة.

ب- وإذا اختلف الحكمان ضمت المحكمة إليهما حكما ثالثا مرجحا من غير أهل الزوجين، قادرا على الإصلاح.

المادة/١٣٢/:

آ- يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق أو بالأكثرية إلى المحكمة لتفصل في الدعوى وفق المادة /١٣٠/ .

ب- وإذا تفرقت آراؤهم أو لم يقدموا تقريرا، سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية.

المادة/١٣٣/:

يكفي في إثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر.

المادة/١٣٥/:

تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له متى كانوا أهلا للشهادة.

التفريق للإعسار بالصَّداق:

اتفق الفقهاء على أن في وجوب المهر حقوقا ثلاثة، هي حق الله تعالى، وحق الزوجة، وحق أولياء الزوجة.

أما قبض المهر والتصرف فيه فهو حق الزوجة وحدها، لا ينازعها فيه أحد، ما دامت كاملة الأهلية، فإن كانت ناقصة الأهلية قبضه عنها ولي المال لمصلحتها.

كما اتفقوا على أن المهر يثبت قبضه للزوجة بالعقد الصحيح، مالم ترض بتأجيله. وعلى هذا فقد اتفقوا على أن للزوجة مطالبة زوجها بالمهر المعجل فور العقد الصحيح قضاء، فإذا امتنع مع القدرة كان لها استيفاؤه من ماله كسائر الديون الأخرى.

واتفقوا أيضا على أن للزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج ولا تنتقل إلى بيته حتى تستوفي كامل مهرها المعجل، ولها في هذه الحال كامل النفقة، فإذا دفع لها بعض المعجل كان لها منع نفسها عنه أيضا حتى تستوفي باقيه.

فإذا أعسر الزوج بالصداق، فهل لها أن تختار فراقه؟

اختلف الفقهاء في هذا على أقوال:

فذهب الحنفية إلى أنه ليس لها فراقه بسبب ذلك مطلقاً، ولكن منع نفسها منه، والنَّظِرة إلى ميسرة، ولها كامل نفقتها.

وذهب المالكية إلى أن لها طلب التفريق إلى جانب مالها من منع نفسها والنفقة، ما دام لم يدخل بها، فإن دخل بها لم يكن لها التفريق كالحنفية.

وعند الشافعية والحنبلية وجوه وأقوال ثلاثة:

الأول: جواز طلب التفريق مطلقا.

والثاني: جواز طلب التفريق ما لم يدخل بها، وإلا ليس لها ذلك كالمالكية، وهو الأظهر لدى الشافعية.

والثالث: ليس لها التفريق مطلقاً كالحنفية، وهي غريم كسائر الغرماء.

شروط التفريق بالإعسار عند من يقول به:

يشترط للتفريق بالإعسار ـ عند من يقول به ـ شروط، هي:

أ - أن يكون الصداق واجباً على الزوج وجوباً حالاً، فإذا لم يكن واجباً عليه أصلاً، كأن كان العقد فاسداً ولم يدخل بها، أو كان وجوبه مؤجلاً، كأن يشترط في العقد تأجيله، لم يكن لها طلب التفريق بسبب ذلك، فإن سلَّم البعض وأعسر بالبعض الباقي، فللشافعية قولان: الأقوى منهما: جواز التفريق، وهو مذهب المالكية والحنبلية.

ب – أن لا تكون الزوجة قد رضيت بتأجيل المهر قبل العقد، أو بعده، بطريق الصريح أو الدلالة، فإذا تزوجته عالمةً بإعساره بالمهر، لم يكن لها طلب التفريق بذلك، وكذلك إذا علمت بإعساره بعد العقد وسكتت أو رضيت به صراحةً، فإنه لا يكون لها حق في طلب التفريق للإعسار بالمهر بعد ذلك قياساً على العُنَّة.

وهل يحتاج التفريق للإعسار بالمهر إلى قضاء القاضي؟

اتفق القائلون بالتفريق للإعسار بالمهر على أن التفريق لا بد فيه من حكم قاض به، أو محكَّم، لأنه فصل مجتهد فيه، هذا إن قدرت الزوجة على الرفع إليهما، فإن عجزت عن ذلك، وفرَّقت بنفسها جاز للضرورة، نص عليه الشافعية[(١)].

وهل يطلِّق القاضي عليه فورا، ولا يُنظره؟

إن ثبت إعساره طلق القاضي عليه فوراً، وقيل: يُنظره مدةً يراها مناسبة، وإن لم يثبت إعساره أنظره، وقيل: يسجنه حتى يدفع المهر، أو يظهر ماله فينفذه عليه، أو يثبت إعساره فيطلق عليه.

نوع الفرقة الثابتة بالإعسار بالمهر:

ذهب المالكية إلى أن الفرقة للإعسار بالمهر طلاق بائن، وذهب الشافعية والحنبلية إلى أنها فسخ، لا طلاق[(٢)].

---

(١) مغني المحتاج ٣/٤٤٤.

(٢) ابن عابدين ٣/٥٩٠، والدسوقي مع الشرح الكبير ٢/٢٩٩، ومغني المحتاج ٣/٤٤٤، والمغني ٨/١-١٨١.

التفريق للإعسار بالنفقة:

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ما لم تمتنع من التمكين، فإذا لم يقم الزوج بها لغير مانع من الزوجة كان لها حق طلبها منه بالقضاء، وأخذها جبراً عنه.

فإذا امتنع الزوج عن دفع هذه النفقة لمانع من الزوجة، كنشوزها، لم يجبر عليها.

وهل يكون للزوجة حق طلب التفريق منه إذا امتنع عن النفقة بدون سبب من الزوجة؟

اختلف الفقهاء في ذلك في بعض الأحوال، واتفقوا في أحوال أخرى، على ما يلي:

أ - إن كان للزوج الممتنع عن النفقة مال ظاهر يمكن للزوجة أخذ نفقتها منه، بعلم الزوج أو بغير علمه، بنفسها أو بأمر القاضي، لم يكن لها طلب التفريق، لوصولها إلى حقها بغير الفرقة، فلا تمكن منها.

ويستوي هنا أن يكون الزوج حاضراً أو غائباً، وأن يكون مال الزوج حاضراً أو غائباً أيضاً، وأن يكون المال نقوداً أو منقولات أو عقارات، لإمكان الأخذ منها.

إلا أن الشافعية نصوا في الأظهر من قولين على أن ماله الظاهر إن كان حاضراً فلا تفريق، وإن كان بعيداً عنه مسافة القصر، فلها طلب الفسخ. وإن كان دون ذلك أمره القاضي بإحضاره، ولا فسخ لها، ولو غاب وجهل حاله في اليسار والإعسار فلا فسخ، لأن السبب لم يتحقق.

ونص الحنبلية على أن ظاهر كلام أحمد، وهو رواية الخرقي، أنه: إذا لم يكن في الإمكان أخذ النفقة من المال الغائب، فإن لها طلب التفريق، وإلا فلا، وإن كان المال حاضراً فلا تفريق.

ب - فإذا لم يكن للزوج الممتنع عن النفقة مال ظاهر، سواء أكان ذلك لإعساره، أم للجهل بحاله، أم لأنه غيَّب ماله، فرفعته الزوجة إلى القاضي طالبةً التفريق لذلك، فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق، على قولين:

فذهب الحنفية إلى أنه ليس للزوجة هنا طلب التفريق، والقاضي يأمرها بالاستدانة على الزوج، ويأمر من تجب عليه نفقتها -لولا زوجها- بإقراضها، فإن امتنع حبسه القاضي وعزره حتى يقرضها، ثم يعود بذلك على زوجها إذا أيسر إن شاء، وهو مذهب عطاء، والزهري، وابن شبرمة، وحماد بن أبي سليمان، وغيرهم.

وذهب المالكية والحنبلية، إلى أن الزوج إذا أعسر بالنفقة فالزوجة بالخيار، إن شاءت بقيت على الزوجية واستدانت عليه، وإن شاءت رفعت أمرها للقاضي طالبةً فسخ نكاحها، والقاضي يجيبها إلى ذلك حالاً، أو بعد التلوم للزوج، رجاء مقدرته على الإنفاق، على اختلاف بينهم في ذلك، وهذا القول هو المروي عن عمر، وعلي، وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم، وهو مذهب سعيد بن المسيب، والحسن. وعمر بن عبد العزيز وغيرهم.

شروط التفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به:

يشترط للتفريق لعدم الإنفاق - عند من يقول به - شروط، هي:

أ - أن يثبت إعسار الزوج بالنفقة، وذلك بتصادقهما أو بالبينة، وذلك في الأظهر عند الشافعية والحنبلية.

أما المالكية، وهو قول آخر للشافعية، وهو مقابل الأظهر، والحنبلية، فلا يَرِد هذا الشرط عندهم .

ب - أن يكون الإعسار أو الامتناع الموجب للفرقة هو امتناع عن أقل النفقة، وهي نفقة المعسرين، ولو كانت الزوجة غنيةً، أو الزوج الممتنع غنياً أيضاً، لأن التفريق إنما يثبت هنا ضرورة دفع الهلاك عن الزوجة، وهو إنما يتحقق بالعجز عن نفقة المعسرين، لا النفقة المستحقة لها مطلقاً.

وعلى هذا فلو كان الزوج غنياً وامتنع عن الإنفاق إلا نفقة المعسرين -وهي الضروري من الطعام والكساء ولو خشناً- لم يفرق.

هذا والإعسار والامتناع عن الإنفاق يشمل هنا الطعام والكساء بالاتفاق، لأن الحياة لا تقوم بدونهما.

أما الإعسار بالمسكن، فقد ذهب الشافعية إلى أن الأصح أن لها الفسخ.

وكذلك الإعسار بالأدم، إلا أن النووي صحح عدم الفسخ بالإعسار بالأدم، لأنه غير ضروري لإدامة الحياة.

أما الحنبلية فعندهم في التفريق للإعسار بالمسكن وجهان:

الأول: أن لها التفريق به كالطعام والكساء.

والثاني: لا تفريق لها به، لأن البنية تقوم بدونه، وهذا الوجه هو الذي ذكره القاضي.

وأما المالكية فلا يرون التفريق للعجز عن المسكن قولاً واحداً، لأنه غير ضروري.

ج - أن لا يكون للزوج مال ظاهر حاضر يمكنها أخذ نفقتها منه بنفسها أو بطريق القاضي، وإلا لم يكن لها التفريق بالاتفاق، فإذا كان المال غائباً، فقد تقدم الاختلاف فيه على أقوال.

د - أن يكون امتناع الزوج عن النفقة الحاضرة بعد وجوبها عليه، فإذا امتنع عن النفقة الماضية دون الحاضرة، لم يكن لها الفسخ بالاتفاق، لأنها دين كسائر الديون، وليست ضروريةً للإبقاء على الحياة.

فإذا امتنع الزوج عن النفقة المستقبلة، فقد ذهب المالكية إلى أن الزوج إذا أراد السفر فعليه أن يؤمن لزوجته نفقتها مدة غيابه، فإذا أعسر بذلك كان لها طلب الفرقة منه، إلا أن بعض المالكية قال: إن لها المطالبة بها فقط دون التفريق، فإذا سافر ونفذ ما عندها من النفقة، كان لها طلب التفريق آنئذ.

فإذا كان الزوج مقيماً فلا حق للزوجة في نفقة مستقبلة، وبالتالي فلا حق لها في طلب التفريق لمنعها منها.

فإذا امتنع الزوج عن النفقة قبل وجوبها عليه أصلاً، كأن لم تُخْلِ بينه وبينه، أو سقط حقها في النفقة لنشوزها، فإنه لا حق لها في طلب التفريق لعدم الحق في النفقة أصلاً.

هـ - أن لا تكون قد رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه مطلقاً، صراحة أو ضمناً، أو شرط عليها ذلك في العقد أو بعده ورضيت به، فإن كان ذلك لم يكن لها حق في طلب التفريق لدى المالكية والحنبلية في قول، إلا أن يكون من السؤَّال فترضى به ثم يترك السؤال، فلها طلب التفريق عندئذ، وذلك قياسا على التفريق بالعُنَّة إذا رضيت بها.

وذهب الشافعية، والحنبلية في قول ثان إلى أن لها طلب فسخ النكاح إذا أعسر الزوج بالنفقة ولو رضيت به قبل ذلك، لأن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم.

نوع الفرقة الثابتة بالامتناع عن الإنفاق، وطريق وقوعها:

ذهب الشافعية والحنبلية إلى أن الفرقة لعدم الإنفاق فسخ ما دامت بحكم القاضي، فإن طلب القاضي من الزوج طلاقها فطلقها كان طلاقاً رجعياً، ما لم يبلغ الثلاث، أو يكن قبل الدخول، وإلا فبائن.

وذهب المالكية إلى أنها طلاق رجعي، ولهذا كان للزوج حق مراجعتها في العدة عندهم، إلا أن المالكية اشترطوا هنا لصحة الرجعة أن يجد الزوج يساراً لنفقتها الواجبة عليه، وليس النفقة الضرورية التي فرق من أجلها، فإذا راجعها دون ذلك لم تصح الرجعة.

وأما طريق وقوع الفرقة، فقد اتفق الفقهاء القائلون بالتفريق لعدم الإنفاق على أنها لا تكون بغير القاضي، ذلك أنها فصل مجتهد فيه، وما كان كذلك لا يتم بغير القضاء، إزالةً للخلاف، لكن الشافعية قيدوا ذلك بما إذا قدرت على الرفع للقاضي، فإن استقلت بالفسخ لعدم حاكم أو محكَّم، أو عجزت عن الرفع إلى القاضي، نفذ ظاهراً وباطنًا للضرورة.

وأما وقت القضاء بها، فقد اختلفوا فيه على أقوال:

فذهب الشافعية في القديم إلى أن القاضي ينجز الفرقة بعد ثبوت الإعسار بالنفقة -بالتصادق أو البينة- دون إنظار، إلا أن الأظهر لديهم إمهال الزوج ثلاثة أيام ولو لم يطلب ذلك، للتحقق من عجزه، فإنه قد يعجز لعارض ثم يزول، وهي مدة قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض أو غيره، فإذا مضت دون القدرة، فرق القاضي عليه.

وذهب الحنبلية إلى أن الفسخ يكون على الفور عند ثبوت الإعسار دون إمهال، كخيار العيب.

وفصل المالكية في ذلك، فقالوا: إذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي، فإن القاضي يسأل الزوج، فإن ادعى الإعسار وأثبته تلوم له القاضي باجتهاده، فإن مضت المدة ولم ينفق، طلق عليه، وإن لم يثبت إعساره، أو ادعى اليسار، أو سكت ولم يجب بشيء، أمره القاضي بالإنفاق أو الطلاق، فإن أبى طلق عليه حالاً من غير تلوم على المعتمد عندهم، وقيل: يطلق عليه بعد التلوم أيضاً.

وهذا كله إذا كان الزوج حاضراً، فإن كان غائباً غيبةً قريبةً يقل بعدها عن عشرة أيام، كتب القاضي إليه بالحضور والخيار بين الإنفاق أو الفراق، فإن حضر واختار أحدهما فبها، وإلا طلّق عليه، وكذلك إذا لم يحضر، هذا إذا كان يعلم مكانه، فإذا كان لا يعلم مكانه، أو كان مكانه بعيداً أكثر من عشرة أيام، فإنه يطلّق عليه فوراً[1].

وقد نص القانون السوري للأحوال الشخصية على التفريق لعدم الإنفاق في المواد/١١٠-١١١/ منه كما يلي:

المادة/١١٠/:

١ — يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة.

٢ — إن ثبت عجزه أو كان غنيا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

المادة/١١١/:

تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا، وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق.

---

(١) الدسوقي والشرح الكبير ٥١٨/٢-٥٢٠، ومغني المحتاج ٤٤٢/٣-٤٤٤، والمغني ١٧٥/٨-١٨١.

ونص القانون الكويتي للأحوال الشخصية على ذلك أيضا في المواد /١٢٠-١٢٢/ كما يلي:

المادة /١٢٠/:

أ- إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وليس له مال ظاهر ولم يثبت إعساره فلزوجته طلب التطليق، ويطلق القاضي عليه في الحال، وله أن يتوقى التطليق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ رفع الدعوى.

ب – إذا أثبت الزوج إعساره أو كان غائبا في مكان معلوم أو محبوسا وليس له مال ظاهر، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تجاوز ثلاثة أشهر، مضافا إليها المواعيد المقررة للمسافة ليؤدي النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلقها عليه.

ج - إذا كان الزوج غائبا في مكان مجهول، أو مفقودا وليس له مال ظاهر، طلق عليه القاضي بلا إمهال.

المادة /١٢١/:

تطليق القاضي بعدم الإنفاق يقع رجعيا، وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا أثبت للمحكمة إيساره بحيث يقدر على مداومة نفقتها واستعد للإنفاق.

المادة /١٢٢/:

إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الإنفاق أكثر من مرتين، وطلبت الزوجة التطليق لضرر، طلقها القاضي عليه بائنا.

التفريق للغيبة والفقد والحبس:

الغائب هو من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته معلومة، فإذا جهلت حياته فهو المفقود، أما المحبوس فهو: من قبض عليه وأودع السجن بسبب تهمة أو جناية أو غير ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في زوجة الغائب والمفقود والمحبوس إذا طلبت التفريق لذلك، هل تجاب إلى طلبها؟ على أقوال بيانها فيما يلي:

أ - التفريق للغيبة:

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة على أقوال، مبناها اختلافهم في حكم استدامة الوطء، أهو حق للزوجة مثل ما هو حق للزوج؟

فذهب الحنفية، والشافعية، والحنبلية في قول القاضي، إلى أن دوام الوطء قضاء حق للرجل فقط، وليس للزوجة فيه حق. فإذا ما ترك الزوج وطء زوجته مدةً لم يكن ظالماً لها أمام القاضي، سواء أكان في ذلك حاضراً أم غائبا، طالت غيبته أم لا، لأن حقها في الوطء قضاء ينقضي بالمرة الواحدة، فإذا استوفتها لم يعد لها في الوطء حق في القضاء، وعلى هذا فإذا غاب الزوج عن زوجته مدةً ما مهما طالت، وترك لها ما تنفق منه على نفسها، لم يكن لها حق طلب التفريق لذلك. إلا أن الحنبلية في قولهم هذا قيدوا عدم وجوب الوطء بعدم قصد الإضرار بالزوجة، فإذا قصد بذلك الإضرار بها عوقب وعزر، لاختلال شرط سقوط الوجوب.

وذهب الحنبلية في قولهم الثاني وهو الأظهر، إلى أن استدامة الوطء واجب للزوجة على زوجها قضاءً، ما لم يكن بالزوج عذر مانع من ذلك، كمرض أو غيره، وعلى هذا فإذا غاب الزوج عن زوجته مدةً بغير عذر، كان لها طلب التفريق منه، فإذا كان تركه بعذر لم يكن لها ذلك[1].

---

(١) المغني ٧/٢٣٤، والدر المختار ٣/٢٠٢-٢٠٣، والدسوقي والشرح الكبير عليه ٢/٣٣٩، ومغني المحتاج ٣/...

أما المالكية، فقد ذهبوا إلى أن استدامة الوطء حق للزوجة مطلقاً، وعلى ذلك فإن الرجل إذا غاب عن زوجته مدةً، كان لها طلب التفريق منه، سواء أكان سفره هذا لعذر أم لغير عذر، لأن حقها في الوطء واجب مطلقاً عندهم.

شروط التفريق للغيبة عند من يقول بها:

يشترط في الغيبة ليثبت التفريق بها للزوجة شروط، هي:

أ - أن تكون غيبةً طويلةً، وقد اختلف الفقهاء في مدتها:

فذهب الحنبلية إلى أن الزوج إذا غاب عن زوجته مدة ستة أشهر فأكثر كان لها طلب التفريق عليه إذا تحققت الشروط الأخرى، وذلك استدلالاً بما روى أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم ﷺ، قال: [1]إن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بينما كان يحرس المدينة مر بامرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال علي أن لا حبيب ألاعبه

والله لولا خشية الله وحده لحُرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عمر ﷺ عنها فقيل له: هذه فلانة، زوجها غائب في سبيل الله تعالى، فأرسل إلى امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقفله، ثم دخل على حفصة أم المؤمنين ﷺ فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر، ويسيرون شهراً راجعين[2].

---

(١) انظر سنن سعيد بن منصور ١٧٤/٢.

(٢) المغني ٢٣٥/٧.

وذهب المالكية في المعتمد عندهم، إلى أنها سنة فأكثر، وفي قول للغرياني وابن عرفة أن السنتين والثلاث ليست بطول، بل لا بد من الزيادة عليها، وهذا مبني منهم على الاجتهاد والنظر.

ب - أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة، والضرر هنا هو خشية الوقوع في الزنا كما نص عليه المالكية، وليس اشتهاء الجماع فقط، والحنبلية وإن أطلقوا الضرر هنا إلا أنهم يريدون به خشية الزنا كالمالكية.

إلا أن هذا الضرر يثبت بقول الزوجة وحدها، لأنه لا يعرف إلا منها، إلا أن يكذبها ظاهر الحال.

ج - أن تكون الغيبة لغير عذر، فإن كانت لعذر، كالحج والتجارة وطلب العلم، لم يكن لها طلب التفريق عند الحنبلية.

أما المالكية فلا يشترطون ذلك كما تقدم، ولهذا يكون لها حق طلب التفريق عندهم إذا طالت غيبته لعذر أو غير عذر على سواء.

د - أن يكتب القاضي إليه بالرجوع إليها أو نقلها إليه أو تطليقها ويمهله مدةً مناسبةً، إذا كان له عنوان معروف، فإن عاد إليها، أو نقلها إليه أو طلقها فبها، وإن أبدى عذراً لغيابه لم يفرق عليه عند الحنابلة دون المالكية، وإن أبى ذلك كله، أو لم يردَّ بشيء وقد انقضت المدة المضروبة، أو لم يكن له عنوان معروف، أو كان عنوانه لا تصل الرسائل إليه، طلق القاضي عليه بطلبها.

نوع الفرقة للغيبة، وطريق وقوعها:

اتفق الفقهاء القائلون بالتفريق للغيبة على أنه لا بد فيها من قضاء القاضي، لأنها فصل مجتهد فيه، فلا تنفذ بغير قضاء.

ونص الحنبلية على أن الفرقة للغيبة فسخ، ونص المالكية على أنها طلاق، وهل هي طلاق بائن؟ لم نر من المالكية من صرح في ذلك بشيء، إلا أن إطلاقاتهم تفيد أنها طلاق بائن، فقد جاء في رسالة ابن أبي زيد القيرواني قوله: إن كل طلاق يوقعه الحاكم طلاق بائن إلا طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة، ثم إنه طلاق للضرر –وهو بائن عندهم كما تقدم– إلا أن الدسوقي أورد الفرقة للغيبة في ضمن الكلام عن الفرقة للإيلاء، وهي طلاق رجعي، فاحتمل أن تكون مثلها طلاقاً رجعياً، إلا أن الاحتمال الأول هو الأرجح.

ب - التفريق للفقد:

إذا غاب الزوج عن زوجته غيبةً منقطعةً خفيت فيها أخباره، وجهلت فيها حياته، فهل لزوجته حق طلب التفريق عليه؟ الفقهاء في ذلك على مذاهب تقدم بيانها في الغائب، ذلك أن المفقود غائب وزيادة، فيكون لزوجة المفقود ما لزوجة الغائب من أمر التفريق عليه.

فإذا لم تطلب زوجته المفارقة، فهل تكون على زوجيته عمرها كله؟

في هذا الموضوع أحوال وشروط، اتفق الفقهاء في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر على أقوال، بيانها فيما يلي:

أ - إذا كان ظاهر غيبة الزوج السلامة، كما إذا غاب في تجارة أو طلب علم ولم يعد، وخفيت أخباره وانقطعت، فقد ذهب أبو حنيفة، والشافعي في الجديد، وأحمد إلى أنه حي في الحكم، ولا تنحل زوجيته حتى يثبت موته بالبينة الشرعية أو بموت أقرانه، وهو مذهب ابن شبرمة، وابن أبي ليلى.

وذهب الشافعي في القديم إلى أن الزوجة تتربص في هذه الحال أربع سنين من غيبته، ثم يحكم بوفاته، فتعتد بأربعة أشهر وعشر، وتحل بعدها للأزواج.

ب - وإن كان ظاهر غيبته الهلاك، كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو خرج إلى الصلاة ولم يعد، أو فقد في ساحة القتال، فقد ذهب أحمد في الظاهر من مذهبه، والشافعي في القديم، إلى أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم يحكم بوفاته، فتعتد بأربعة أشهر وعشر، ثم تحل للأزواج، وهو قول عمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس رضي الله عنهم، وغيرهم. وذهب الحنفية، والشافعي في الجديد، إلى أنها لا تتزوج حتى يتبين موته بالبينة أو بموت الأقران، مهما طالت غيبته، كمن غاب وظاهر غيبته السلامة على سواء.

وللمالكية تقسيم خاص في زوجة المفقود، هو أن المفقود إما أن يفقد في حالة حرب أو حالة سلم، وقد يكون فقده في دار الإسلام، أو دار الشرك، وقد يفقد في قتال بين طائفتين من المسلمين، أو طائفة مسلمة وأخرى كافرة، ولكل من هذه الحالات حكم خاص بها عندهم، بحسب ما يلي:

أ - فإذا فقد في حالة السلم في دار الإسلام، فإن زوجته تؤجل أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة. ثم تحل للأزواج، هذا إن دامت نفقتها من ماله، وإلا طلق عليه لعدم النفقة.

ب - وإذا فقد في دار الشرك، كالأسير لا يعلم له خبر، فإن زوجته تبقى مدة التعمير أي موت أقرانه، حيث يغلب على الظن عندها موته، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج، وقدروا ذلك ببلوغه السبعين من العمر، وقيل: الثمانين، وقيل غير ذلك، وهذا إن دامت نفقتها، وإلا طلقت عليه.

ج - فإن فقد في حالة حرب بين طائفتين من المسلمين، فإنها تعتد عقب انفصال الصفين وخفاء حاله، وتحل بعدها للأزواج.

د - وإن كانت الحرب بين طائفة مؤمنة وأخرى كافرة، فإنه يكشف عن أمره،

ويسأل عنه، فإن خفي حاله أجلت زوجته سنةً، ثم اعتدت للوفاة، ثم حلت للأزواج.

نوع الفرقة للفقد، وطريق وقوعها:

إذا لم يُرفع المفقود للقاضي من قبل زوجته أو أحد ورثته أو المستحقين في تركته، فهو حي في حق زوجته العمر كله بالاتفاق.

فإذا رفع إلى القاضي وقضى بموته، بحسب ما تقدم من الشروط والأحوال والاختلاف، انقضت الزوجية حكماً من تاريخ الحكم بالوفاة، وبانت زوجته منه، واعتدت للوفاة جبراً، وهي بينونة وفاة، لا بينونة طلاق أو فسخ.

هذا ولا بد لحلول هذه الفرقة من قضاء القاضي بموته، وإلا فهي زوجته العمر كله، وقد نص المالكية على أنه يحل محل القاضي في الحكم بالوفاة هنا عند الحاجة الوالي، وجماعة المسلمين[1].

فإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته، فإن كانت زوجته لم تتزوج غيره بعد عدتها فهي له، وإن تزوجت غيره، فإن كان الزواج غير صحيح، أو كان الزوج الجديد يعلم بحياة الأول، فكذلك، وإن كان الزواج صحيحاً، ولا يعلم الزوج الثاني بحياة الأول، فهي للثاني إن دخل بها، عند الجمهور، وإلا فهي للأول أيضاً.

ج - التفريق للحبس:

إذا حُبس الزوج مدةً عن زوجته، فهل لزوجته طلب التفريق كالغائب؟

الجمهور على عدم جواز التفريق على المحبوس مطلقاً، مهما طالت مدة

---

(١) المغني ٨/٩٤، والدسوقي والشرح الكبير ٢/٢٩٤-٤٨٣ و ٤٤١، ومغني المحتاج ٣/٣٩٧، والدر المختار ٣/٢٩٢-٢٩٨.

حبسه، سواء أكان سبب حبسه أو مكانه معروفين أم لا، أما عند الحنفية والشافعية فلأنه غائب معلوم الحياة، وهم لا يقولون بالتفريق عليه كما تقدم، وأما عند الحنبلية فلأن غيابه لعذر.

وذهب المالكية إلى جواز التفريق على المحبوس إذا طلبت زوجته ذلك وادعت الضرر، وذلك بعد سنة من حبسه، لأن الحبس غياب، وهم يقولون بالتفريق للغيبة مع عدم العذر، كما يقولون بها مع العذر على سواء كما تقدم.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على التفريق للغيبة والفقد والحبس في المادة /١٠٩/ منه كما يلي:

١ – إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢ – هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

كما نص القانون الكويتي للأحوال الشخصية على ذلك أيضا في المواد /١٣٦– ١٣٨/ كما يلي:

المادة/١٣٦/:

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب تطليقها إذا تضررت من غيبته ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المادة/١٣٧/:

آ– إن أمكن إعلان الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم

يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بتطليقة بائنة.

ب - وإن لم يمكن إعلان الغائب فرق القاضي بلا إعذار ولا أجل.

المادة /١٣٨/:

آ - إذا حبس الزوج تنفيذا لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطليق عليه بائنا بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

التفريق للعيوب:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز التفريق بين الزوجين للعيوب.

إلا أن الحنفية خصوا التفريق هذا بعيوب الزوج دون عيوب الزوجة، وجعلوا التفريق به حقاً للزوجة وحدها، لامتلاكه الطلاق دونها.

أما المالكية والشافعية والحنبلية، فقد ذهبوا إلى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على سواء، وأن التفريق للعيب حق لهما على سواء.

إلا أن الفقهاء جميعاً اتفقوا على تضييق دائرة التفريق للعيب، وعدم التوسع فيه، ثم اختلفوا في العيوب المثبتة للتفريق على أقوال:

فذهب الشيخان من الحنفية -أبو حنيفة وأبو يوسف- إلى التفريق بالجَبِّ، والعُنَّة، والخِصاء فقط، وزاد محمد بن الحسن على ذلك: الجنون[1].

وذهب الجمهور إلى التفريق بعيوب اتفقوا في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر على أقوال، وقسموها إلى ثلاثة أنواع:

قسم منها خاص بالرجال، وقسم خاص بالنساء، وقسم مشترك بين النساء والرجال.

---

(١) البحر الرائق ٤/١٢٦، وفتح القدير ٣/٢٦٧.

فعند المالكية يفرق بالعيوب التالية[1]:

عيوب الرجال وهي: الجب، والخصاء، والعنة، والاعتراض.

وعيوب النساء هي: الرَّتق، والقَرَن، والعَفَل، والإفضاء، والبَخَر.

والعيوب المشتركة هي: الجنون، والجُذام، والبَرَص، والعَذِيطة، والخُنَاثة المشكلة.

وعند الشافعية يفرق بالعيوب التالية[2]:

عيوب الرجال هي: العنة، والجب.

وعيوب النساء هي: الرَّتق، والقَرَن.

والعيوب المشتركة هي: الجنون، والجذام، والبرص.

وعند الحنبلية يفرق بالعيوب التالية[3]:

عيوب خاصة بالرجال هي: العنة، والجب.

وعيوب خاصة بالنساء هي: الفَتْق، والقَرَن، والعَفَل.

وعيوب مشتركة، هي: الجنون، والبرص، والجُذام.

إلا أن أبا بكر، وأبا حفص من الحنبلية زادا على العيوب المتقدمة استطلاق البطن، وسَلَس البول، وقال أبو الخطاب: ويتخرج على ذلك من به الناسور والباسور، والقروح السيَّالة في الفرج، لأنها تثير النفرة، وتعدي بنجاستها، وقال أبو حفص: الخصاء عيب، وفي البخر والخناثة وجهان.

وظاهر نصوص الفقهاء توحي بالحصر في هذه العيوب، فقد جاء في المغني: أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه، وجاء في مغني المحتاج قوله: واقتصار

---

(١) الخرشي ٧٣/٢.

(٢) مغني المحتاج ٢٠٢/٣.

(٣) المغني ٥٨٢/٧ ط الشرح الكبير.

المصنف على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها، قال في الروضة: وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور، وجاء في بداية المجتهد قوله: واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة، فقيل: لأن ذلك شرع غير معلل، وقيل: لأن ذلك مما يخفى، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا يخفى، وقيل: لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء.

إلا أننا إلى جانب هذه النصوص نجد نصوصاً لبعض الفقهاء تدل على عدم قصر الأئمة التفريق على العيوب المتقدمة، فيلحق بها ما يماثلها في الضرر.

من ذلك ما قاله ابن تيمية في الاختيارات العلمية: وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع، وما قاله ابن قيم الجوزية في زاد المعاد: وأما الاقتصار على عيبين أو ستة، أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، وقوله: والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وما قاله الكاساني: وقال محمد: خلُّوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون، والجذام، والبرص شرط للزوم النكاح، حتى يفسخ به النكاح، حيث جاءت هذه العيوب بصيغة التمثيل[1].

هذا إلى جانب أن نصوص الفقهاء عامة كانت تعلل التفريق للعيب بالضرر الفاحش وبالعدوى، وعدم القدرة على الوطء، وهو ظاهر في جواز القياس عليها.

وإذا علمنا أن نصوص الفقهاء المتقدمين أنفسهم كانت متضاربة في هذه العيوب، زيادة ونقصانا، رجح عندنا أن ما سوى هذه العيوب في الضرر جاز

---

(١) بدائع الصنائع ٣٢٧/٢.

قياسه عليها، لأنها حكم معلل، بل إن بعض الفقهاء صرح بذلك.

قال ابن رشد: واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة، فقيل: لأن ذلك شرع غير معلل، وقيل: لأن ذلك مما يخفى، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى، وقيل: لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما يخفى على الزوج[1].

وقال الشربيني الخطيب: ... لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح[2].

قال الإمام الشافعي معللا للفسخ بالبرص والجذام في الأم: وأما الجذام والبرص فإنه يعدي الزوج ويعدي الولد[3].

وقال ابن قدامة في المغني: إنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس، ويخشى ضرره، والجب والرتق يتعذر معه الوطء، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته[4].

شروط التفريق للعيب لدى الفقهاء:

اختلف الفقهاء في الشروط المثبتة للتفريق للعيب على مذهبين، وفق ما يلي:

أولاً: ذهب الجمهور إلى أن التفريق بالعيب يشترط فيه ما يلي :

---

(١) بداية المجتهد ٥٥/٢.

(٢) مغني المحتاج ٢٠٣/٣.

(٣) مغني المحتاج ٢٠٣/٣ نقلا عن كتاب الأم للشافعي.

(٤) المغني ٥٨١/٧ ط الشرح الكبير.

أ - عدم الرضا بالعيب:

وذلك قبل الدخول أو بعده، في العقد أو بعده، صراحةً أو دلالةً، فإن رضي السليم من الزوجين بعيب الآخر، كأن يقول: رضيت بعيب الآخر، أو يطأها، أو تمكنه من الوطء، فإنه لا خيار لهؤلاء في الفسخ بعد ذلك.

هذا مذهب الحنبلية، والشافعية يوافقونهم فيه إلا في مسألة العنين، فإن زوجته إذا رضيت بعنته بعد الدخول فلا خيار لها عندهم خلافاً للحنبلية.

ومذهب المالكية يوافق مذهب الحنبلية أيضاً إلا في مسألة المعترِض، وهو العنين عند الحنفية والشافعية والحنبلية إذا مكنته من التلذذ بها بعد علمها باعتراضه، فإنه لا يسقط بذلك حقها في التفريق عند المالكية، لاحتمال أنها كانت ترجو برأه بذلك.

قال الدردير في الشرح الكبير: الخيار لأحد الزوجين بسبب وجود عيب من العيوب الآتي بيانها، إن لم يسبق العلم، أو لم يرض بعيب المعيب صريحاً أو التزاماً حيث اطلع، إلا امرأة المعترِض إذا علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ومكنته من التلذذ بها، فلها الخيار، حيث كانت ترجو برأه فيهما ولم يحصل[1].

وهل يعد الرضا بالعيب قبل النكاح مسقطاً للخيار، كما لو أخبرها بعنته فرضيت بذلك صراحةً أو دلالةً؟

الجمهور على أن ذلك مسقط للخيار، وقال الشافعي في الجديد كذلك، إلا في العنين، فإنه قال: يؤجل، لأنه قد يكون عنيناً في نكاح دون نكاح، ثم إن عجزه عن وطء امرأة ليس دليلاً على عجزه عن وطء غيرها[2].

---

(١) الشرح الكبير ٢٧٧/٢.

(٢) المغني ١٢٨/٧-١٢٩، ومغني المحتاج ٢٠٣/٣.

ب - سلامة طالب الفسخ من العيوب في الجملة:

المبدأ العام لدى الجمهور: أنه لا يشترط لطلب التفريق بالعيب سلامة طالب التفريق من العيوب، خلافاً للحنفية، كما تقدم، إلا أنهم اختلفوا في ذلك في بعض الصور، على ما يلي:

فذهب المالكية -فيما فصله اللخمي من مذهبهم- إلى أن طالب التفريق للعيب إذا كان فيه عيب مماثل للآخر، فإن للزوج التفريق دون المرأة لأنه بذل الصداق لسالمة، دونها هي، قال اللخمي: وإن اطلع كل واحد من الزوجين على عيب في صاحبه، فإن كانا من جنس واحد كجذام، أو برص، أو جنون صريح لم يذهب، فإن له القيام دونها، لأنه بذل صداقاً لسالمة، فوجدها ممن يكون صداقها أقل من ذلك.

فإذا كان عيبه من جنس آخر، كان لكل واحد من الزوجين طلب التفريق مطلقاً، وفي قول آخر للمالكية: له التفريق مطلقاً، سواء أكان عيبه من جنس عيبه، أم لا، أم لم يكن معيباً، وهو الأظهر عندهم[1].

وذهب الشافعية في الأصح، إلى أن للمعيب أن يطلب فسخ النكاح لعيب الآخر، سواء أكان عيبه من جنس عيبه أم لا، وقيل: إن وجد به مثل عيبه من الجذام والبرص، قدراً وفحشاً مثلاً، فلا خيار له لتساويهما.

وذهب الحنبلية إلى أن طالب الفسخ، إذا كان معيباً بعيب من غير جنس عيب الآخر، كالأبرص يجد المرأة مجنونةً، فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء، فلا ينبغي ثبوت الخيار لهما، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع.

---

(١) الدسوقي ٢/٢٧٧.

فإن كان عيبه من جنس عيب صاحبه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا خيار لهما، لأنهما متساويان، ولا مزية لأحدهما على صاحبه، فأشبها الصحيحين.

والثاني: له الخيار لوجود سببه[1].

ج - وهل يشترط أن يكون العيب قديماً؟

جمهور الفقهاء متفقون على أن العيب القديم السابق على العقد، والمرافق له، والحادث بعده، سواء في إثبات الخيار، لأنه عقد على منفعة. وحدوث العيب بها يثبت الخيار كما في الإجارة، إلا أن بينهم نوع اختلاف في بعض ذلك على ما يلي:

فالمالكية يصرحون بأن العيب القديم السابق على العقد أو المقارن له هو المثبت للخيار، أما العيب الطارئ على العقد، فإن كان في الزوجة لم يكن للزوج خيار مطلقاً، وهو مصيبة حلت به، وبإمكانه التخلص منها بالطلاق، وأما العيب الحادث في الزوج بعد العقد، فإن كان فاحشاً كثير الضرر فإنها تخيَّر فيه، لأنه لا تمكن معه العشرة، وإن كان يسيراً لم تخير.

والعيوب الفاحشة عند المالكية هي: الجذام البيِّن المحقَّق ولو كان يسيراً، والبرص الفاحش دون اليسير، والعذيطة، فقد استظهر بعض المالكية أنها عيب فاحش يثبت به الخيار، والاعتراض، والخصاء، وكبر الذكر المانع من الوطء، هذا إذا حدثت قبل الوطء، فإذا حدثت بعد الوطء ولو مرةً واحدةً فلا خيار، إلا أن يكون ذلك بسبب من الزوج كأن جب نفسه، فإن كان كذلك خُيرت الزوجة[2].

---

(١) المغني ١١٢/٧.

(٢) الدسوقي ٢٧٨/٢-٢٧٩.

وذهب الشافعية إلى أن العيب القديم يخيَّر به مطلقاً، أما العيب الحادث بعد العقد، فإن كان حادثاً بالزوج، كالجب، فإنها تخيَّر به إن كان قبل الدخول جزماً، وبعد الدخول على الأصح، وذلك لحصول الضرر به كما في العيب المقارن للعقد، ولا خلاص لها إلا بالفسخ، فتعين طريقاً لذلك، ويستوي هنا أن تجبه هي أو غيرها.

إلا أن الشافعية استثنوا من ذلك العنين، فقالوا: إن وصل إلى زوجته مرةً ثم تعنن، لم يكن لها خيار.

وإن كان حادثاً بالزوجة بعد العقد، ففي القول القديم: أنه لا يخير الزوج لتمكنه من الخلاص منها بالطلاق، بخلافها.

وفي القول الجديد: أنه يخير كالزوجة، لتضرره بالعيب الطارئ كتضرره بالعيب القديم، ولا معنى لإمكان تخلصه منها بالطلاق دونها، لأنه سيغرم نصف الصداق لها قبل الدخول، دون الفسخ بالعيب[1].

وذهب الخرقي من الحنبلية إلى تأكيد ما تقدم من المبدأ على إطلاقه، إلا أن أبا بكر وابن حامد من الحنبلية قالا: إن العقد يفسخ بالعيب السابق على العقد، والمرافق له، دون العيب الطارئ عليه، لأن العقد أصبح لازماً، فلا ينفسخ، فأشبه العيب الطارئ على المبيع، واستثنى الحنبلية -على رواية الخرقي- العنَّة، فإن العنين إن وصل إلى زوجته مرةً ثم تعنن، لم يكن لها خيار[2].

د - التأجيل في العيوب التي يرجى البرء منها[3]:

اتفق المالكية والشافعية والحنبلية على تأجيل العنين سنةً كالحنفية،

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٣-٢٠٤.
(٢) المغني ٧/١٣٠/١٣١.
(٣) الدسوقي ٢/٢٧٩، ومغني المحتاج ٣/٢٠٦، والمغني ٧/١٢٦.

واختلفوا في باقي العيوب على ما يلي:

فذهب الشافعية والحنبلية إلى عدم التأجيل فيها.

وذهب المالكية إلى التأجيل فيما يرجى البرء منه، فقالوا بالتأجيل في الجنون، والجذام، والبرص، والرَّتق، والقَرَن، والعَفَل، والبَخَر، فإذا كان البرء منها مرجواً يؤجله القاضي بحسب ما يراه مناسباً. شهراً أو شهرين، ولم يحدوا لذلك حداً، فإذا لم يكن البرء من ذلك مرجواً، كالجب، فرَّق القاضي عليه بدون تأجيل، لعدم فائدته.

هـ - **أن يطلب أحد الزوجين التفريق ويثبت عيب الآخر،** لأن التفريق هنا حقه، فإذا لم يطلبه لم يكن للقاضي التفريق عليه جبراً، وفي العنين يجب طلب الزوجة التفريق قبل ضرب المدة وبعدها.

قال في المغني: ولا يفسخ حتى تختار الفسخ، وتطلبه، لأنه لحقها، فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار[1].

وقال في مغني المحتاج: فإذا تمت تلك السنة المضروبة للزوج، ولم يطأ على ما يأتي، ولم تعتزله فيها، رفعته ثانياً إليه، أي القاضي، فلا يفسخ بلا رفع، إذ مدار الباب على الدعوى والإقرار والإنكار واليمين، فيحتاج إلى نظر القاضي واجتهاده[2].

وذهب الحنفية إلى أن للتفريق بالعيب نوعين من الشروط، الأول عام في العيوب كلها، والثاني خاص بعيوب معينة، وذلك على الوجه الآتي:

---

(١) المغني ١٢٧/٧.

(٢) مغني المحتاج ٢٠٦/٣.

فالشروط العامة عند الحنفية، هي:

آ - أن تكون الزوجة جاهلةً بالعيب قبل العقد، ولم ترض به بعده، صراحةً أو دلالةً، وعلى هذا فلو كانت الزوجة عالمةً بالعيب قبل العقد لم يكن لها طلب التفريق به لرضاها به حكماً، وكذلك إذا علمت بالعيب بعد العقد فرضيت به صراحةً، كأن قالت: رضيت بعيبه هذا، أو دلالةً بأن مكنته من الوطء، لم يكن لها طلب التفريق، قال السمرقندي في التحفة: وإذا خيَّرها الحاكم فوجد فيها ما يدل على الإعراض، يبطل خيارها كما في خيار المخيَّرة، ولو علمت المرأة بالعنة عند العقد ورضيت بالعقد، فإنه لا خيار لها، كمن اشترى عبداً وهو عالم بعيبه[1].

وكذلك الحكم إذا خيرها القاضي فاختارت المقام مع زوجها، فإنه يبطل حقها في التفريق، وليس لها خصومة أبداً في هذا النكاح، ولا في غيره على الأصح، لرضاها بالعيب[2].

ب - أن تطلب الزوجة إلى القاضي التفريق، لأن التفريق حقها، وليس للقاضي طلاقها دون طلب منها، وطلبها هذا شرط في العنين قبل ضرب المدة وبعدها[3].

ج - أن تكون المرأة خاليةً من أي عيب يمنع الوطء، كالرتق والقرن، فإن كانت معيبةً بعيب من ذلك لم يكن لها طلب التفريق لعيب الرجل، لأن المنع من الوطء ليس من جهته فقط، والامتناع قائم من جهتها على فرض سلامة الزوج منه، فكذلك مع عيبه.

---

(١) تحفو الفقهاء ٢/٣٣٨-٣٣٩.

(٢) تحفة الفقهاء ٢/٣٣٧-٣٣٨.

(٣) فتح القدير ٣/٢٦٣-٢٦٤.

أما الشروط الخاصة بالعنَّة فهي:

أ - العجز عن الإيلاج في القبل، وعلى هذا فلا يخرج عن العنة بالإيلاج في الدبر، لأن الإدخال في الدبر وإن كان أشد منه في القبل، لكنه قد يكون ممنوعا عن الإدخال في الفرج لسحر.

ب - العجز عن جماع زوجته نفسها، فإذا قدر على وطء غيرها وعجز عن وطئها هي لم يخرج عن العنة في حقها، لأن العنة مرض نفسي غالباً، وهو قد يختلف من امرأة إلى أخرى.

ج - العجز عن إيلاج الحشفة كلها، فإذا أولج نصفها فقط لم يخرج بذلك عن العنة، فإذا أولجها كلها وعجز عن إيلاج ما بعدها لم يكن عنينا، فإذا كان مقطوع الحشفة لم يخرج عن العنة إلا بإدخال باقي الذكر كله، إلا أن صاحب البحر قال: وينبغي الاكتفاء بقدرها من مقطوعها[1].

د - أن لا يكون قد وصل إليها مرةً في هذا النكاح قبل العنة. فإن وصل إليها مرة ثم تعنن فلا خيار لها مطلقا، لأن حقها في رفع الأمر إلى القضاء ينقضي بالمرة الواحدة.

فإن كان وصل إليها في نكاح سابق عليه، كمن وطئها ثم طلقها بائناً، ثم عاد إليها بعقد جديد، فأصيب بالعنة قبل الوصول إليها فيه، فالأصح: أنه يسقط حقها أيضاً بذلك، وفي قول ثان: لا يسقط.

هـ - أن يؤجله القاضي سنةً بعد الرفع إليه، فإن القاضي إذا رفعته إليه طالبةً فراقه لعُنَّته أجله القاضي سنةً وجوباً من تاريخ الخصومة، فإذا مضت السنة دون أن يطأها، وعادت إلى طلبها التفريق أجابها القاضي وفرق بينهما.

---

(١) ابن عابدين ٤٩٤/٣ نقلا عن البحر.

وعلى هذا فلا تفريق بلا رفع للقاضي، فلا يكون التفريق بالرفع إلى محكَّم أو غيره، ولا تفريق قبل مرور السنة أيضاً، كما لا تفريق ما لم تَعُد إلى طلب الفرقة بعد مضي السنة بدون وطء[1].

وأما الشروط الخاصة بالجَبِّ فهي:

قطع الذكر، فإذا قطع الذكر والخصيتان ثبت التفريق من باب أولى، فإذا لم يقطع الذكر ولكنه كان قصيراً كالزر، فهو كالمجبوب في الحكم، لعدم إمكان إدخال مثله في الفرج، فإن كان صغيراً يمكن إدخاله في الفرج فليس بمجبوب ولا تفريق، وإن لم يدخل إلى آخر الفرج.

فإن كان مقطوع الحشفة فقط وله ما يدخله في الفرج بعدها، لم يكن مجبوباً، ولا تفريق.

وأما الشروط الخاصة بالخِصاء:

فهي الشروط الخاصة بالعنة، لاستوائهما في الحكم عند الحنفية، هذا إذا نزعت خصيتاه أو رضتا أو سلتا وعجز عن الانتشار، فإذا لم يعجز عن الانتشار فليس خصياً في الحكم، ولا تفريق.

طرق إثبات العيب:

إذا أقر المعيب المدعى عليه بعيبه المدعى به ثبت عيبه بإقراره، وقضي عليه بموجبه.

فإذا أنكر العيب وادعى السلامة منه، فإن كان العيب مما يعرف بالجس من فوق الإزار، كالجب، أمر القاضي من يجسه من الرجال من فوق الإزار، وأخذ بقوله إن كان عدلاً، لأنه إخبار.

---

(١) البحر الرائق ١٢٤/٤، وفتح القدير ٢٦١/٣، وتحفة الفقهاء ٣٣٦/٢.

فإن لم يعرف العيب بالجس أمره بالنظر إليه، وهو مباح هنا للضرورة.

وإن كان العيب في المرأة كالقرن والرتق، أمر القاضي امرأةً تنظر إليها، وثبت بقولها ما دامت عدلة.

فإن كان لا يعرف بالجس كالعنة، فإن قالت الزوجة: إنها بكر، أريت النساء، فإن قالت امرأة ثقة -والمرأتان أوثق-: إنها بكر، فالقول قولها، ويؤجل سنةً، لأن ظاهر الحال شاهد لها، وكذلك الحكم عند انتهاء السنة، وإن قالت المرأة الثقة: إنها ثيب، حُلِّف الزوج، فإن حلف صدق بيمينه، ولا خيار لها، وإن نكل قضي عليه بالعنة، وخيرت المرأة بعد التأجيل.

وإن قالت الزوجة: إنها ثيِّب، حلف الزوج، فإن حلف صدق ولا خيار لها، وإن نكل قضي عليه بالعنة، وأجلت أو خيرت.

فإن قالت الزوجة: إنها بكر فوجدت ثيباً، فادعت أنه أزال بكارتها بإصبع أو غيره، صدق الزوج بيمينه، لأنها تدعي غير الأصل.

هذا ما نص عليه الحنفية[1].

والحنبلية مثل الحنفية، إلا في العنين. فإن لهم في قبول قول المرأة الواحدة فيه إذا كانت بكراً أو ثيبا روايتين:

الأولى: أن القول قول الزوج مع يمينه كالحنفية، لأن ظاهر الحال شاهد له.

والثانية: أنه يخلى معها ويقال: أخرج ماءك على شيء، فإن أخرجه فالقول قوله، لأن العنين يضعف عن الإنزال، فإن أنزل تبين صدقه.

وعن أحمد رواية ثالثة: أن القول قول المرأة مع يمينها، حكاها القاضي في المجرد.

---

(١) الدر المختار ٤٩٩/٣، وتحفة الفقهاء ٣٣٦/٢.

واختار أبو بكر أن يزوج امرأة لها حظ من الجمال، وتعطى صداقها من بيت المال، ويُخلَّى معها، وتُسأل عنه، ويؤخذ بما تقول، فإن أخبرت أنه يطأ كذبت الأولى، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ، وصداقها من بيت المال، وإن كذبته فرق بينهما، وصداق الثانية من ماله هو.

وقد رجح ابن قدامة الرواية الأولى، وضعَّف ما عداها، فقال: والصحيح أن القول قوله، كما لو ادعى الوطء في الإيلاء، ولما قدمناه[1].

والشافعية في هذا مع الحنفية والحنبلية، إلا في العنين أيضاً، فإنهم يرون أنها إذا ادعت البكارة أريت النساء، ولم يقبل بأقل من أربع، فإن شهدن ببكارتها فالقول قولها للظاهر، وهل تحلف؟ وجهان، رجح في الشرح الصغير التحليف، وعليه أكثر علماء المذهب، ما لم يدع الزوج عودة البكارة إليها، فإن قال ذلك وطلب يمينها، حلفت رواية واحدة.

فإن قالت الزوجة: إنها ثيب وأنكرت الوطء، فالقول قوله بيمينه، لأن الظاهر له، فإن نكل حلفت الزوجة، وفي رواية مرجوحة أن اليمين لا يرد عليها[2].

أما المالكية، فقد ذهبوا إلى الجس فيما يعرف بالجس، فإن كان لا يعرف بالجس، وكان مما لا يراه الرجال ولا النساء كالاعتراض، وبرص الفرج، فإن القول فيه قول المعيب بيمينه، وإن كان مما يراه الرجال، كالبرص في اليد أو الوجه في المرأة أو الرجل على سواء، لم يثبت إلا بشهادة رجلين، فإن كان في داخل جسم المرأة دون الفرج، كفى فيه امرأتان[3].

---

(١) المغني ٧/١٣٢-١٣٣.

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٠٥، ٢٠٦.

(٣) الدسوقي ٢/٢٨٢-٢٨٤.

ما يحصل به زوال العُنَّة:

تزول العنة الموجبة للفسخ عند جمهور الفقهاء بوطء الزوجة مرة واحدة بهذا الزواج، لأن حق الزوجة قضاء ينقضي به عندهم.

والوطء هنا يتحقق بإدخال الحشفة في القبل، فإن كان مقطوع الحشفة ففيه وجهان:

الأول: لا بد من تغييب باقي الذكر كله، ولا تزول العنة بما دون ذلك.

الثاني: يكتفى بتغييب مقدار الحشفة مما بقي من الذكر.

كما يشترط فيه أن يكون في القبل، فإن وطئها في الدبر لم تزل به العنة في الأصح، وسواء في ذلك أن يكون الوطء في حال الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الصوم، أو غير ذلك، عند الجمهور.

وذكر القاضي من الحنبلية أن قياس المذهب أن لا يخرج عن العنة بالوطء في الحيض وما إليه، إلا أن الأول أقوى.

وذهب ابن عقيل إلى أن العنة تنتفي بالوطء في الدبر أيضا، لأنه أصعب من القبل.

وهل يعد وطؤه لغيرها مزيلا لعنته في حقها.

قال ابن عقيل من الحنبلية وتبعه أبو بكر فيه، وحكي عن عمر بن عبد العزيز والجمهور: أن وطأه لغيرها لا يزيل العنة في حقها.

وهل يعد وطؤه لها في نكاح مزيلا لعنته في حقها في نكاح آخر؟ كما إذا تزوجها ووطئها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانية، فادعت أنه عنين وثبت ذلك؟

الجمهور على عدم الاعتداد بالوطء الأول، وتجاب إلى طلبها، ويفرق بينهما، إلا أن مقتضى قول أبي بكر أن لا تجاب إلى طلبها هنا[1].

---

(١) المغني ١٣٣/٧.

نوع الفرقة الثابتة بالعيب، وطريق وقوعها:

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الفرقة للعيب طلاق بائن، وذهب الشافعية والحنبلية إلى أنها فسخ وليست طلاقاً.

كما ذهب الحنفية إلى أن الفرقة للعيب لا تقع بغير الرفع إلى القاضي، ثم القاضي يكلف الزوج بالطلاق، فإن طلّق فبها، وإلا طلقها عليه، وروي عنهم: أن الفرقة تقع باختيار الزوجة نفسها بانتهاء المدة المضروبة في العنة بدون قضاء، وقد جعل صاحب البحر هذه الرواية ظاهر الرواية[1].

وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنفية في روايتهم الثانية، إلا أنهم اشترطوا إذن القاضي لها بالتطليق إذا كان بقولها، وأن يحكم به القاضي بعد ذلك رفعاً للخلاف، والحكم هنا إنما هو للإشهاد والتوثيق، لا لوقوع الطلاق، لأنه وقع بقولها[2].

وللشافعية قولان:

الأول: أنها تستقل بالفسخ بعد ثبوت حقها فيه لدى القاضي بيمينها أو إقراره.

والثاني: لا بد من فسخ القاضي رفعاً للخلاف[3].

أما الحنبلية فإن في الفسخ عندهم قول واحد، هو أن الفسخ لا يتم إلا بحكم القاضي[4].

---

(١) البحر الرائق ١٢٥/٤.

(٢) الشرح الكبير ٢٨٢/٢-٢٨٣.

(٣) مغني المحتاج ٢٠٧/٣.

(٤) المغني ١٢٦/٧-١٢٧.

وهل تكون الحرمة الواقعة بالتفريق للعيب مؤبدةً؟

ذهب الجمهور إلى أنها غير مؤبدة، ولهما العود إلى الزوجية ثانيةً بعقد جديد.

وذهب أبو بكر من الحنبلية إلى أن الحرمة الواقعة بالتفريق للعيب مؤبدة.

التعريف بالعيوب المثبتة للتفريق بالعيب لدى الفقهاء[1]:

١- **البَرَص**: هو بقع بيضاء على الجلد تزداد اتساعا مع الأيام، وربما نبت عليها شعر أبيض أيضا، وربما كانت بقعا سوداء.

٢- **العِذْيَطَة**: وهي التغوُّط عند الجماع، والتبول مثله.

٣- **الجُذام**: هو علة يحمرُّ منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو من أعضاء الجسم، إلا أنه في الوجه أكثر وربما يسما في الطب بـ(الغرغرينا).

٤- **الخِصاء**: هو عند الجمهور قطع الأنثيين، أو رضُّهما أو سلُّهما دون الذَّكر، وعند المالكية: قطع الذكر دون الأنثيين.

٥- **الجَبُّ**: هو عند الجمهور قطع الذكر والأنثيين، ومثله في الحكم قطع الذكر وحده، فإذا كان الذكر صغيرا كالزر فهو كالمجبوب في الحكم أيضا، وعند المالكية: هو قطع الذكر والأنثيين كالجمهور، ومثله قطع الأنثيين دون الذكر عند المالكية.

٦- **العُنَّة**: هي عند الجمهور العجز عن الوطء مع سلامة العضو، وسمي بذلك لأن الذكر يعن يمنة ويسرة ولا يطأ في الفرج، وذهب المالكية: إلى أن العنة هي صغر الذَّكر بحيث لا يتأتى به الجماع.

٧- **الاعتراض**: هو عند المالكية عدم انتشار الذكر، ويقابله عند الجمهور العنة.

---

(١) الشرح الكبير ٢/٢٧٧، وابن عابدين ٣/٤٩٤، والمغني ٧/١٢٥، ومغني المحتاج ٣/٢٠٢.

٨- **القَرَن**: هو شيء ناتئ في الفرج يسدُّه ويمنع الوطء، وربما كان ذلك من لحم أو عظم.

٩- **الرَّتَق**: هو انسداد محل النكاح، بحيث لا يمكن معه الوطء، وربما كان ذلك لضيق في عظم الحوض، أو لكثرة اللحم فيه.

١٠- **البَخَر**: هو نتن الفرج.

١١- **العَفَل**: رغوة في الفرج تحدث عند الجماع.

١٢- **الإفضاء**: هو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك البول، أو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك الغائط.

١٣- **الجُنون**: هو آفة تعتري العقل فتذهب به.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على التفريق للعلل والعيوب في المواد /١٠٥-١٠٨/ منه كما يلي:

المادة/١٠٥/:

للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

١ – إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

٢ – إذا جُنَّ الزوج بعد العقد.

المادة/١٠٦/:

١ – يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها في العقد أو رضيت بها بعده.

٢ – على أن حق التفريق بسبب العُنة لا يسقط بحال.

المادة/١٠٧/:

إذا كانت العلل المذكورة في المادة /١٠٥/ غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا

تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلة فرَّق بينهما.

ونص القانون الكويتي للأحوال الشخصية على ذلك أيضا في المواد/١٣٩-١٤٢/ منه، كما يلي:

المادة/١٣٩/:

لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيبا مستحكما من العيوب المنفِّرة أو المضرَّة، أو التي تحول دون الاستمتاع، سواء أكان العيب موجودا قبل العقد أم حدث بعده.

ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به صراحة بعده.

المادة/١٤٠/:

استثناء من المادة السابقة، لا يسقط حق الزوجة في طلب الفسخ بسبب عيوب الرجل التي تحول دون الاستمتاع، كالعُنَّة أصلية أو طارئة ولو رضيت بها صراحة.

المادة/١٤١/:

إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال، وإن كان زوالها ممكنا تؤجل القضية مدة مناسبة، فإذا لم يزل العيب خلالها وأصر طالب الفسخ حكمت به المحكمة.

المادة/١٤٢/:

يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة، وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها.

التفريق لفوات الكفاءة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاعتداد بالكفاءة في الزواج، وانفرد الكرخي والجصاص من الحنفية، والثوري وابن حزم، فقالوا بعدم الاعتداد بها في الزواج مطلقا.

إلا أن جمهور الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في درجة الاعتداد بها على ثلاثة آراء، هي:

١ – أنها شرط صحة، وهو رواية من ثلاث روايات في مذهب أحمد.

٢ – أنها شرط نفاذ، وهو أحد قولين للشافعي، ورواية ثانية في مذهب أحمد، ورواية الحسن بن زياد عند الحنفية، وهي المفتى به عندهم، وإن كانت مخالفة لظاهر الرواية.

٣ – أنها شرط لزوم، وهو مذهب الحنفية في ظاهر الرواية عندهم، ومذهب مالك، ورواية ثالثة في مذهب الحنبلية، والقول الثاني لدى الشافعية.

كما اختلف الجمهور فيما بينهم في الصفات المعتبرة في الكفاءة، وليس هذا محل ذكر ذلك، وقد تقدم.

فوفقا للقول الأول يعد الزواج مع انعدام الكفاءة فاسدا، ويكون لكل من الزوجين والقاضي فسخه في أي وقت، رفعا للإاثم، وتلبية لحق الشارع، وهو منتج لبعض الآثار بعد الدخول ما دام لم يفسخ.

ووفقا للقول الثاني يعد الزواج بدون الكفاءة موقوفا على إرادة من مست مصلحته.

وبحسب القول الثالث يعد ا لزواج بدون كفاءة غير لازم، ويكون لكل من مست مصلحته حق طلب التفريق بين الزوجين، فإذا لم يطلب التفريق عد

الزواج نافذا مثمرا لأحكامه، فإذا طلب من القاضي التفريق أجيب إلى طلبه وفرق بين الزوجين، كل هذا ما لم يقم مانع من التفريق، وإلا لزم الزواج وسقط حقه في طلب التفريق.

موانع التفريق لانعدام الكفاءة:

الفقهاء الذين قالوا إن الكفاءة شرط صحة أو شرط نفاذ، لم يعتبروا الموانع، وأما الذين قالوا هي شرط لزوم، قالوا: إذا قام مانع من التفريق لزم العقد كما تقدم، وقد اختلفوا في هذه الموانع على ما يلي:

فذهب الحنفية إلى أن الزوجة إذا ولدت سقط حق أوليائها في التفريق لانعدام الكفاءة تقديما لحق الولد على حقهم، وذهب بعض الحنفية إلى إقامة ظهور الحمل مقام الولادة في ذلك[١].

كما يسقط حق الأولياء في التفريق هنا إذا مات أحد الزوجين، وذلك لانقضاء الزوجية بالوفاة.

وذهب المالكية إلى أن حق الاعتراض من الأولياء يسقط بالدخول بالزوجة مطلقا، حملت أو لم تحمل، لأن حقهم ضعيف فيسقط لتمام التسليم، ويسقط بموت أحد الزوجين من باب أولى أيضا، لانقضاء الزوجية به[٢].

نوع الفرقة لانعدام الكفاءة، وطريق وقوعها:

الفقهاء القائلون بفساد العقد لانعدام الكفاءة يوجبون التفريق بين الزوجين إذا حصل بينهما دخول، وهو هنا متاركة أو فسخ، فإن كان قبل الدخول فلا حاجة للتفريق أصلا، لانعدام الآثار بالكلية.

---

(١) ابن عابدين ٣/٩٤.

(٢) الدسوقي ٢/٢٤٩.

كذلك الفقهاء القائلون بتوقف العقد بدون كفاءة، فإنهم يمنعون ترتيب أي حكم عليه قبل الدخول، فإذا حصل دخول فالتفريق يكون بالمتاركة أو الفسخ كالعقد الفاسد.

أما الذين يرون الكفاءة شرط لزوم، فلا بد عندهم من تفريق القاضي إذا طلب صاحب الحق في الكفاءة ذلك، لأنه فصل مجتهد فيه.

وأما نوع الفرقة، فهي فسخ بالاتفاق وليست طلاقا.

التفريق لخياري البلوغ والإفاقة:

اتفق الفقهاء على ان للأب تزويج ابنه الصغير القاصر، وكذلك ابنته الصغيرة البكر، دون رضاهما، كما اتفقوا على أن ليس للأب تزويج ابنه الكبير ولا ابنته الكبيرة الثيب إلا برضاهما.

إلا أنهم اختلفوا في تزويج الأب ابنته الصغيرة الثيب، والكبيرة البكر، فذهب الحنفية إلى أن للأب تزويج ابنته الصغيرة مطلقا بكرا كانت أم ثيبا، أما الكبيرة فلا يزوجها إلا برضاها، بكرا كانت أم ثيبا.

وذهب الجمهور إلى أن للأب تزويج ابنته البكر دون رضاها مطلقا، صغيرة كانت أم كبيرة. أما الثيب فلا يجبرها على الزواج مطلقا، صغيرة كانت أم كبيرة.

وهل تكون الولاية على النحو المتقدم لغير الأب من الأولياء على النفس كما هي للأب؟

ذهب الحنفية إلى أن ولاية الإجبار كما تكون للأب تكون لغيره من العصبات بالنفس بترتيب الإرث، كالجد العصبي والأخ الشقيق أو لأب، والعم الشقيق أو لأب.

وذهب الشافعية إلى أن ولاية الإجبار تثبت للأب والجد العصبي بعده، ولوكيل كل من الأب والجد، ولا تكون لغيرهم.

وذهب المالكية والحنبلية إلى أن ولاية الإجبار تكون للأب ثم لوصيه من بعده إذا نص في الوصاية على ذلك، وقيل تكون له بغير نص، ولا تكون لغيرهما.

وهل للأب والأولياء بعده - بحسب ما تقدم- إجبار المجنون والمجنونة البالغين على الزواج أيضا؟

الجمهور على ان للولي تزويج المجنون والمجنونة جنونا مطبقا بولاية الإجبار، فإذا كان الجنون متقطعا، انتظر إلى إفاقتهما، ولم يزوجا بولاية الإجبار لعدم الحاجة.

هذا ولصحة زواج الصغير والصغيرة بالولاية شروط اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، وليس هذا محل تفصيل ذلك، وقد تقدم.

حق التفريق بعد البلوغ والإفاقة:

إذا بلغ الصبي والصبية أو المجنون والمجنونة بعدما زوجهما الولي بولاية الإجبار زواجا مستكملا لجميع شروطه، فهل يكون لهم خيار الفرقة من هذا النكاح الذي لم يكن لهم فيه رضا معتبر؟

ذهب الجمهور إلى أن الولي الذي يملك إجبار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة على الزواج إذا زوجهم بعقد مكتمل الشروط كان زواجه لازما لهم، ولا خيار لهم بعد ذلك مطلقا.

وذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن الولي إن كان هو الأب أو الجد أو الابن كان عقده لازما، ولا خيار لهم بعد ذلك كالجمهور. وإن كان الولي

غيرهم كالأخ والعم... كان عقده غير لازم، ولهم الخيار بعد البلوغ والإفاقة، فإن اختاروا الاستمرار بالزواج لزم العقد، وإن اختاروا الفراق فسخ.

وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن للصبي والصبية والمجنون والمجنونة الخيار بعد البلوغ مطلقا، سواء زوجهم الأب أم الجد أم الابن أم غيرهم.

وهل يكون الخيار على التراخي؟

نص الحنفية القائلون بالتفريق بخيار البلوغ والإفاقة على أن الخيار يثبت على التراخي، وعلى هذا فإن الصبي والصبية والمجنون والمجنونة إذا زوجهم الولي بولاية الإجبار زواجا يثبت به الخيار لهم، فهم على خيارهم مطلقا، مالم يعلنوا عن رغبتهم بالاستمرار أو الفسخ بصريح القول أو بطريق الدلالة بعد البلوغ أوالإفاقة، فإذا رضوا بالزواج صريحا بعد البلوغ والإفاقة، كقولهم أجزنا النكاح مثلا، أو دلالة كالوطء أو التمكين منه بعد البلوغ والإفاقة والعلم بالنكاح، لزم العقد، ولا خيار لهم بعد ذلك، وإن رفعوا الأمر إلى القاضي طالبين فسخ الزواج فقضى بفسخه انفسخ ولا خيار لهم بعد ذلك أيضا.

وهل السكوت بعد البلوغ والإفاقة والعلم بالنكاح رضا به؟

إذا كان الساكت هو الرجل. أو الساكت هو المرأة وهي ثيب، فلا يعد سكوتهما رضا، للقاعة الفقهية الكلية: لا ينسب إلى ساكت قول[1]، وإن كان هو المرأة وهي بكر، فإن السكوت منها رضا، إلا أن يرافقه من القرائن ما يصرفه عن الرضا، وذلك للحديث الشريف: (وإذنها صماتها) رواه مسلم.

طبيعة الفرقة بخياري البلوغ والإفاقة، وطريق وقوعها:

اتفق الحنفية القائلون بالتفريق بخياري البلوغ والإفاقة على أن الفرقة بذلك

---

(١) المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية.

لا تقع إلا بحكم القاضي بها، لأنها فصل مجتهد فيه، كما اتفقوا على أن تفريق القاضي بين الزوجين بسبب هذا الخيار فسخ وليس بطلاق، وقد وهم وأخطأ من نسب للحنفية أنها إن كانت من قِبل الزوج فطلاق، وإن كانت من قِبل الزوجة ففسخ، كصاحب كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، قال السمرقندي في التحفة: وإذا ثبت لهم الخيار أي الصغير والصغيرة بعد البلوغ، فإن اختيار الفرقة يكون فسخا حتى لا يجب المهر قبل الدخول، ولا يصح ذلك إلا بقضاء القاضي[1]، بخلاف خيار المعتقة، حيث يكون فسخا بغير قضاء القاضي، وقال ابن نجيم في البحر: ولهما - أي الصغير والصغيرة - خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد[2].

التفريق لاختلاف الدين:

اتفق الفقهاء على صحة زواج المسلمة من المسلم، كما اتفق الجمهور على صحة زواج المسلم من الكتابية، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، كما اتفقوا على عدم صحة زواج المسلم من غير الكتابية من الكفار، وعلى عدم صحة زواج المسلمة من غير المسلم، وهذا البحث خارج عن هذا الموضوع، إلا أنه مقدمة لا بد منها هنا.

فإذا تزوج المسلم مسلمة أو كتابية، ثم ارتد أو ارتدت الزوجة المسلمة، أو خرجت الكتابية عن دينها إلى دين غير كتابي، أو ارتد الزوجان معا، أو على

---

(١) تحفة الفقهاء ٢/٢٢٠.

(٢) البحر الرائق ٣/١٢٠.

التعاقب، أو تزوج غير المسلم من غير المسلمة ثم أسلم أحدهما أو أسلما معا أو على التعاقب، فهل يفرق بين الزوجين في كل ما تقدم؟

لهذا الموضوع صور متعددة، اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، على آراء كما يلي:

١ – فإذا أسلم ا لزوجان الكافران معا، فهما على زواجهما، ولا يفرق بينهما باتفاق الفقهاء، ما دام لم يوجد بينهما مانع من الاستمرار في النكاح في حكم الإسلام، قال ابن عبد البر: أجمع الفقهاء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع، والمصاهرة في هذا مثل النسب والرضاع، فإذا كان بينهما ما يمنع من استدامة النكاح، كأن تكون أخته مثلا، فرق بينهما في الحال:

٢ – فإذا أسلم الزوج دون الزوجة، فإن كانت الزوجة كتابية ولا مانع من استمرار نكاحهما في حكم الإسلام، من نسب أو رضاع أو مصاهرة، فهما على زواجهما بالاتفاق أيضا، فإذا أسلمت الزوجة بعده لم يتغير الحكم، فإذا كان بينهما ما يمنع استمرار الزواج فرق بينهما في الحال، مراعاة لحال المسلم منهما.

٣ – فإذا كانت الزوجة غير كتابية، أو كان المسلم هو الزوحة، فقد ذهب الشافعية والحنبلية إلى أن ذلك إن كان قبل الدخول فرق بينهما في الحال، وإن كان بعد الدخول فقد ذهب الشافعي إلى انتظار العدة، فإن أسلم الكافر في العدة، فهما على زواجهما، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة، فرق بينهما بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إسلام الأول، وللحنبلية روايتان في هذا: الأولى مع الشافعية، والثانية يفرق بينهما في الحال، كما في حال عدم الدخول.

وذهب الحنفية إلى عرض الإسلام على الثاني، فإن أسلم فهما على زواجهما، وإن أبى فرق بينهما بإبائه لا بإسلام الأول، فإذا تعذر عرض الإسلام على الكافر منهما، فرق بينهما بانقضاء العدة.

وذهب المالكية إلى أن إسلام أحد الزوجين إن كان قبل الدخول فرق بينهما في الحال، وإن كان بعد الدخول، فإن كانت الزوجة هي المسلمة توقف الأمر إلى انقضاء عدتها، فإن أسلم فيها فهي زوجته، وإلا فرق بينهما، وإن كان الزوج هو المسلم، فإن أسلمت الزوجة بعد فترة قصيرة وقدرت بالشهر فهما على زواجهما، وإلا فرق بينهما، فإذا أسلم الزوج وتحته أكثر من أربع زوجات، أو أختان أو أم وابنتها، وكن من أهل الكتاب، أو أسلمن معه، وهن على صفة يحل له الزواج منهن على انفراد ابتداء، فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

فذهب الشيخان من الحنفية إلى أنه إن كان تزوج بأكثر من أربع زوجات معا في عقد واحد بطل نكاحهن جميعا بإسلامه، وإن كان تزوجهن على التوالي بطل نكاح من تزوجها بعد أربع، وبقي معه الأربع الأول منهن، فإن كانتا أختين فكذلك، وإن كانتا أما وابنتها، فإن دخل بهما أو بإحداهما حرمتا عليه، وإن لم يدخل بهما، اختار البنت لحرمة أمها عليه بالعقد دونها.

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه يخير في الأربع والأختين مطلقا، وإن كانتا أما وابنتها، فكما تقدم من مذهب الشيخين.

وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه محمد بن الحسن، إلا في الأم وابنتها، فقد قالوا: إن دخل بهما أو تلذذ حرمتا عليه، وإن دخل بواحدة أو تلذذ بها

تعينت هي زوجة له، وحرمت الأخرى، سواء أكانت هي الأم أم البنت، وإن لم يكن دخل بواحدة منهما أو تلذذ بها اختار أيتهما شاء، وترك الأخرى.

أما الشافعية والحنبلية، فمثل المالكية فيما تقدم. سوى البنت وأمها، فقد قالوا إن دخل بهما أو بالأم فقط حرمتا عليه، وإن لم يدخل بهما أو دخل بالبنت فقط تعينت البنت له، وفرق بينه وبين الأم.

٤ – فإذا كان الزوجان مسلمين فارتد أحدهما -والعياذ بالله تعالى- أو كان المرتد هو الزوج والزوجة كتابية، أو بقي الزوج على إسلامه وكانت الزوجة كتابية فخرجت عن دينها الكتابي إلى دين غير كتابي، فقد ذهب الجمهور إلى التفريق بينهما.

وذهب الحنفية إلى ذلك أيضا إذا كان المرتد هوالزوج قولا واحدا، فإذا كان المرتد هو الزوجة فكذلك في ظاهر الرواية، وهو القياس، كما في ارتداد الزوج، إلا أنه قد أفتى بعض مشايخ بلخ وسمرقند بعدم وقوع الفرقة بردة الزوجة استحسانا، حسما لباب الاحتيال على الخلاص من الزوج، لأنها لا تملك الطلاق دونه، وأفتى عامة مشايخ بخارى بوقوع الفرقة، إلا أنهم أفتوا بإجبارها هنا على العود إلى الإسلام وإلى نكاح الزوج نفسه بمهر يسير.

وذهب المالكية إلى التفريق بردة الزوج أو الزوجة على سواء، إلا أنهم نصوا على أن ذلك مخصوص بعدم وجود قرائن على أن ردة الزوجة تريد بها الخلاص من الزوج، فإن قامت مثل هذه القرائن لم يفرق بينهما بذلك، معاملة لها بنقيض قصدها.

٥ – فإذا ارتد الزوجان المسلمان معا، فقد ذهب الحنفية إلى أنهما على زواجهما استحسانا، وهو قول للمالكية، رواه أصبغ.

وذهب الجمهور إلى وقوع الفرقة بينهما بذلك.

وقت وقوع الفرقة، ونوعها، وطريق وقوعها:

ذهب الحنفية إلى أن الفرقة لإسلام أحد الزوجين لا تقع بدون حكم القاضي بها، لأنها لا تقع عندهم بإسلام المسلم، ولكن بإباء الزوج الآخر عن الإسلام، كما تقدم، وهذا يحتاج إلى عرض الإسلام عليه، وهو من صلاحيات القاضي، فإذا عرض عليه القاضي الإسلام وأبى أو عجز عن عرض الإسلام عليه، حكم بالتفريق.

وذهب الجمهور إلى أن الفرقة بإسلام أحد الزوجين تقع فور إسلامه إن كان قبل الدخول، وبانقضاء العدة بعده دون حاجة إلى قضاء، وفي رواية ثانية للحنبلية تقع الفرقة بإسلام أحدهما مباشرة مطلقا.

أما الفرقة بارتداد أحد الزوجين أو ارتدادهما معا مطلقا، فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تحتاج إلى قضاء، وهل تقع فور الارتداد؟

ذهب الحنفية والمالكية إلى وقوع الفرقة فور الارتداد، وعلى ذلك، فإذا عاد المرتد إلى الإسلام لم يعد إليه زوجه بدون عقد جديد، سواء أكان ذلك في العدة أم بعدها.

وذهب الشافعية والحنبلية إلى أن الفرقة بالردة كالفرقة بالإسلام، تقع فورا قبل الدخول، وبانقضاء العدة بعده، وللحنبلية رواية ثانية بوقوع الفرقة بالردة بعد الدخول مباشرة، كما هو الحال قبل الدخول.

أما نوع الفرقة، فإن كانت بإسلام أحد الزوجين وإباء الآخر فهي فسخ عند الجمهور، وذهب الطرفان من الحنفية إلى أنها إن كانت بإباء الزوج فطلاق بائن، وإن كانت بإباء الزوجة ففسخ.

وإن كانت الفرقة بردة الزوجين أو أحدهما فهي فسخ عند الجمهور، وذهب محمد بن الحسن من الحنفية إلى أنها طلاق بائن، وهو رواية للمالكية، وهي المشهورة في المذهب، وفي رواية ثانية للمالكية أنه طلاق رجعي، رواها المخزومي.

التفريق للملاعنة بين الزوجين[1]:

اتفق الفقهاء على التفريق بين الزوجين المتلاعنين، إلا أنهم اختلفوا في بعض شروط وأحكام ذلك التفريق، كما يلي:

١ - فذهب الجمهور إلى أن الفرقة بملاعنة الزوجين فسخ لا طلاق، وذهب الطرفان من الحنفية إلى أنها طلاق بائن.

٢ - كما ذهب الحنفية والحنبلية في رواية الخرقي إلى أن الفرقة باللعان لا تقع إلا بحكم القاضي والنكاح صحيح قائم بعد الملاعنة قبل الحكم بالتفريق، لكن لا يحل لأي من الزوجين بعد الملاعنة أن يتمتع بالآخر لاستحقاقهما الفرقة وجوبا لحق الشرع.

وذهب مالك وزفر من الحنفية والحنبلية في رواية أبي بكر إلى أن الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الشرع بمجرد الملاعنة، ولا حاجة إلى حكم قضائي بها.

وقال الشافعي بوقوع الفرقة بدون حكم بمجرد التعان الزوج، ذلك أن التعان الزوجة إنما شرع لدفع الحد عنها فقط، مصداقا لقوله سبحانه: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝﴾ [النور:٨].

---

(١) فتح القدير ٣/٢٥٤، ومغني المحتاج ٣/٣٨٠، والشرح الكبير ٢/٤٦٧، والمغني ٨/٢٣، والبحر الرائق ٤/١١٨، وتحفة الفقهاء ٢/٣٢٨.

٣ – وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحرمة الثابتة بالتلاعن بين الزوجين والتفريق بينهما حرمة مؤبدة، ولا سبيل لهما للعودة للزواج بعد ذلك مطلقا، وذهب أبو حنيفة ومحمد وأحمد في رواية حنبل، وهي خلاف الأصح عندهم، إلى أن الحرمة الثابتة باللعان مغياة بتكذيب الزوج نفسه، فإذا كذب نفسه ارتفعت الحرمة، وجاز له العود إليها بعقد جديد في العدة وبعدها، على سواء.

التفريق لفساد العقد:

اتفق الفقهاء على أن عقد النكاح إذا انتقص ركنا من أركانه، أو شرطا من شروط انعقاده الأساسية، كان باطلا لا أثره له، إلا ما روي عن أبي حنيفة من القول بشبهة العقد، أما العقد المفتقد لشرط من شروط صحته، وهي دون شروط الانعقاد في الأهمية للعقد، كالشهود مثلا، أو شرط من شروط الشهود، كأن يشهد عليه واحد فقط، وهو الفاسد عند الحنفية، فهو عقد معتد به بالجملة، ومنتج لبعض آثار العقد الصحيح بعد الدخول دون جميعها، إلا أنه عقد مستوجب للفسخ والتفريق بين الزوجين دفعا للحرمة باتفاق الفقهاء.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في بعض أحكام هذا التفريق وشروطه ووقت وقوعه، على ما يلي:

١- اتفق الفقهاء على أن الفرقة للنكاح الفاسد فسخ وليست بطلاق، لأن الطلاق أثر من آثار العقد الصحيح بخاصة، وهذا ليس كذلك.

٢- كما اتفقوا على حلول الفرقة بفسخ النكاح بين الزوجين برضاهما، وبترك الزوج زوجته عازما على عدم العود إليها، وبقضاء القاضي بفسخ الزواج بين

الزوجين بناءا على طلبهما أو طلب أحدهما أو جبرا عنهما، وذلك لأنه قضاء حسبة، رفعا للحرمة وتلبية لحق الشرع.

٣- وهذا كله يستوي فيه أن تكون الفرقة قبل الدخول أو بعده، إذا كان فساد العقد متفقا عليه بين الفقهاء، كالنكاح بشاهد واحد، فإذا كان مختلفا في فساده بينهم، كما في الزواج بشاهد وامرأتين، فإنه صحيح عند الحنفية، غير صحيح عند الشافعية، وكذلك إذا كان الشهود غير عدول، فإنه صحيح عند الحنفية غير صحيح عند الشافعية، وتزويج الولي البكر البالغة بغير رضاها، فإنه صحيح عند الشافعية فاسد عند الحنفية ...

فإذا كان كذلك، فإنه لا يستحق الفسخ أصلا عند من يقول بصحته، أما عند من يقول بعدم صحته، فقد ذهب الحنفية والجهور إلى وجوب إنهائهِ بالمتاركة أو الفسخ من الزوجين أو القاضي قبل الدخول أو بعده.

واضطرب مذهب المالكية، فقد روي عن مالك قوله:إن النكاح الفاسد المختلف في فساده لدى الفقهاء يفسخ قبل الدخول لا بعده، أما النكاح المتفق على فساده، فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده.

وروي عنه أن ما اختلف الفقهاء فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها، وبحسب الإخلال بالشروط المتعلقة بالصحة، وهو ما يسميه الحنفية بالفاسد، فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، والأصل فيه عنده أن لا يفسخ، ولكن يحتاط لذلك قبل الدخول بالفسخ.

وذكر ابن الرشد في بداية المجتهد فقال: والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه، فمتى ما كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده، ومتى كان ضعيفا فسخ قبله ولم يفسخ بعده،

وسواء أكان الدليل متفقا عليه أم مختلفا فيه[1].

التفريق للتحريم الطارئ بالرضاع أو المصاهرة[2]:

اتفق الفقهاء على أن للتحريم الدائم أسبابا ثلاثا: نسب ورضاع ومصاهرة.

فأما النسب، فلا يطرأ على العقد، لأنه يجب بالولادة، وإن كان ثبوته قد يتأخر عنها أحيانا.

وعلى هذا لو تزوج امرأة، ثم ظهر له أنها أخته، نسبا مثلا، فإننا نقول ببطلان العقد، من أساسه، لاختلال شرط الحل بينهما عند العقد، ولا يضر أن ثبوت ذلك كان متأخرا عن العقد.

أما الرضاع والمصاهرة، فإنهما يطرءان على العقد، كما يمكن أن يكونا مرافقين له وسابقين عليه.

فإن وجبا قبله كان باطلا، وهو خارج عن نطاق التفريق، وإن طرءا عليه فرق بينهما بسبب ذلك، كما لو زنا بأم زوجته، فإنه يفرق بينه وبين زوجته بذلك لحرمتها عليه لدى الجمهور، وكذلك لو أرضعت ضرتها الصغيرة فإنهما يحرمان لذلك على الزوج، لأن الكبيرة أم زوجته، والصغيرة ابنة زوجته، وكلاهما محرمتان عليه.

وهذا كله محل اتفاق الفقهاء، كما اتفقوا على أن الفرقة الثابتة بالتحريم فسخ وليست بطلاق، لأن التحريم يخرج العقد عن الصحة، فلا يكون التفريق بعده أو به طلاقا، لأن الطلاق من آثار العقد الصحيح خاصة، فيكون فسخا لذلك،

---

(١) بداية المجتهد ٢/٦٤-٦٥.

(٢) البحر الرائق ٣/٢٣٠، والدسوقي ٢/٥٠٦، ومغني المحتاج ٣/٤٢٠، والمغني ٨/١٥٢.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في وقت وقوع الفرقة، وطريقها بعد طرو حرمة المصاهرة أو الرضاع بين الزوجين.

فذهب الحنفية والمالكية إلى أن طرو التحريم هذا يفسد النكاح ويوجب فسخه، ولهذا فإن على الزوجين بعد ثبوت التحريم بينهما بذلك أن يفسخا العقد، وعلى كل منهما أن يعمل على فسخه، رضي الآخر أو لم يرض، كما أن على القاضي فسخه حسبة إن علم به، فإذا وطئ الزوج زوجته بعد التحريم وقبل الفسخ عد ذلك كالوطء بعد النكاح الفاسد، فيثبت به النسب، ولا يجب به الحد...

وذهب الشافعية والحنبلية إلى أن العقد ينفسخ حكما بثوت التحريم الطارئ، فيصبح كل وطء بعده زنا، ولا يحتاج إلى فسخه من قبل الزوجين أو القاضي.

التفريق لنقصان المهر عن مهر المثل[(١)]:

اتفق الفقهاء على أن المهر أثر من آثار العقد الصحيح، فيثبت به حكما، سمي أو لم يسم، أم نفي، كما اتفقوا على ثبوته للموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا إذا تبعه وطء.

واتفقوا على أن المهر فيه حق الزوجة وحق الشارع، واختلفوا في حق أولياء الزوجة فيه.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٢٠، والدسوقي ٢/٢٩٣و ٢٢٢، والمغني ٧/١٣٧، والمبسوط ٥/١٣-١٤، والبحر الرائق ٣/١٣٤.

فذهب أبو حنيفة إلى أن في المهر حق أولياء الزوجة أيضا، وذهب الجمهور إلى أنه لا حق للأولياء فيه مطلقا، كما اختلفوا في مقدار المهر في مواضع، كما يلي:

١- فذهب الحنفية والمالكية إلى أن حق الشارع في المهر متعلق بأن لا ينزل عن أدنى ما تُقطع به يد السارق، وهو خمسة دراهم عند المالكية، وعشرة دراهم عند الحنفية، فإذا سمي في العقد أدنى من ذلك فسدت التسمية، حماية لحق الشارع، وذهب الشافعية والحنبلية إلى أن حق الشرع في المهر غير محدد بمقدار، فكل ما جاز جعله ثمنا جاز جعله مهرا.

٢- أما حق الزوجة في المهر فهو أن تبلغ به إلى مهر أمثالها، ولا ينزل عن ذلك إلا برضاها إن كانت عاقلة بالغة راشدة، فإن كانت قاصرة وزوّجها الولي المجبر، فإن كان بأقل من مهر مثلها فسد الزواج في مذهب الصاحبين من الحنفية، وكذلك الزوج القاصر إذا زوجه الولي المجبر، فإنه يفسد إذا كان بأكثر من مهر المثل.

وعند أبي حنيفة الحكم كذلك إذا زوجها غير الأب والجد والابن، فإن كان الولي المجبر هو الأب أو الجد أو الابن، وكان غير معروف بسوء الاختيار، كان له تزويج القاصرة والمجنونة بأقل منه، وكذلك الصبي والمجنون فإنه يزوجهما بمهر المثل وبأكثر منه، وذلك لغلبة شفقتهما مما يظن معه قيام مصلحة أقوى من مصلحتهم في مهر المثل.

وذهب مالك مذهب أبي حنيفة، إذا كان الولي المجبر هو الأب، فإذا كان غيره لم يصح بغير مهر المثل.

وذهب الشافعي إلى أن الولي المجبر إذا زوج من تحت ولا يته بأقل من مهر المثل في المرأة وبأكثر منه في الرجل، فإن التسمية تلغو قولا واحدا، وهل يفسد العقد بذلك: قولان، الأظهر منهما أن التسمية تلغو ويصح العقد، ويجب مهر المثل لا أكثر منه ولا أقل منه، والثاني يفسد العقد أيضا.

وذهب الحنبلية مذهب المالكية، إلا أنهم قالوا: إذا كان الولي غير الأب، وكان العقد بأقل من مهر المثل أو بأكثر منه، لغت التسمية، وثبت مهر المثل دون فساد العقد.

٣ – وأما أن في المهر حق أولياء الزوجة أيضا، فقد تقدم أنه مذهب أبي حنيفة وحده، وعليه فلو زوَّجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها، فإن لوليها طلب فسخ الزواج عند أبي حنيفة، لفوات حقه، فإن رفع الزوج المهر إلى مهر المثل سقط حق الولي، وإلا فسخه القاضي لحقه، أما جمهور الفقهاء فلا يثبتون لأولياء الزوجة هذا الحق أصلا، ولهذا فلا فسخ لهم عندهم.

نوع الفرقة لنقصان المهر عن مهر المثل:

إذا كان المعقود له قاصرا، وكان بغير مهر المثل، ففي حال عُدَّ العقد صحيحا فلا تفريق، وفي حال عُدَّ فاسدا فقد تقدم التفريق لفساد العقد نوعا ووقتا.

وإن كان المعقود له بالغا وكان بغير مهر المثل، فإن عَقَده بنفسه فلا تفريق، أما على مذهب الشافعية والحنبلية فظاهر، وأما على مذهب الصاحبين من الحنفية والمالكية فظاهر أيضا، ذلك أنه إن سمى أقل من أقل المهر لغا المسمى لحق الشرع والعقد صحيح، وإن سمى أكثر منه أقل من مهر المثل صح العقد والمسمى، لأنه أسقط حق نفسه، ولا حق لأحد غيره فيه، وأما على

مذهب أبي حنيفة، فإن للولي حق الاعتراض وفسخ الزواج هنا، ولا يفسخ إلا بحكم القاضي، لأنه فصل مجتهد فيه.

وإن عقده له وكيله، فإن زوجه بأقل من مهر المثل بأمره جاز ولزم، وكأنه عقده بنفسه، وإن كان بغير أمره خير المعقود له بين الإنفاذ والإبطال، فإن أبطله لغا، وكأنه لم يكن، وإن عقده له الولي بولاية الإجبار، فقد تقدم أنه صحيح لازم عن البعض، فلا تفريق، وفاسد عند البعض لحق الزوجة فيفسخ كالعقد الفاسد.

التفريق لتخلف الوصف أو الشرط المرغوب فيه[1]:

قد يشترط أحد الزوجين في عقد الزواج أن يتوفر في الزوج الآخر وصف معين لا يمكن معرفته بالمشاهدة، كأن يشترط أن يكون كاتبا، أو شاعرا، أو طباخا... ثم يتبين أنه على خلاف ذلك، فهل يكون للمشترِط من الزوجين حق التفريق في هذه الحال؟.

اختلف الفقهاء في صحة اشتراط الأوصاف والشروط في الزواج على أقوال ومذاهب، ليس هذا محلها.

ولكن في الحال التي يكون للمشترط فيها حق التفريق، ما هو نوع الفرقة، وما طريق وقوعها؟.

نوع الفرقة الثابتة بتخلف الوصف أو الشرط عند من يقول به كنوع الفرقة بخيار العيب، وقد تقدمت، وطريق وقوعها هو طريق وقوع الفرقة بالعيب أيضا.

---

(١) المغني ٥٥١/٦، وكشاف القناع ١٨٥/٣-١٩٧، ومغني المحتاج ٢٠٧/٣-٢١١، والدسوقي ٢٨١/٢-٢٨٥، وفتح القدير ٢٦٧/٣، وابن عابدين ١٢٣/٣.

الآثار المترتبة على الطلاق

إذا تم الطلاق بين الزوجين بأي طريق من طرقه ترتب عليه آثار شرعية، أهمها العدة، كما ترتب عليه حقوق للأولاد، أهمها الحضانة، والرضاع، والنسب، وسوف نبين كلا من هذه الأثار فيما يلي:

العِـــدَّة

تعريف العدة:

العدة في اللغة بكسر العين الإحصاء، يقال عددت الشيء عدة أحصيته، وبضم العين الاستعداد للأمر والتهيؤ له.

وهي في اللغة أيضا أيام أقراء المرأة، قاله في الصحاح والقاموس والمصباح المنير.

والعدة في اصطلاح الفقهاء بكسر العين " تربُّص يلزم المرأة أو ولي الصغيرة عند زوال النكاح، أو شبهته " وعرَّفها بعضهم بأنها " اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح".

تحليل التعريف:

تربص: هو انتظار من المرأة لانتهاء مدة العدة بدون تزوج أو تزين ...

يلزم المرأة: ذلك أن العدة خاصة بالمرأة، ولا تلزم الرجل بحال، نعم قد يلزم الرجل ببعض أحكام العدة، كامتناعه عن التزوج بخامسة حتى انقضاء عدة الرابعة، إلا أن ذلك من عدة الزوجة الرابعة، وليس من عدته هو، هذا وقد أحصى الحنفية عشرين موضعا يلزم الرجل فيها ببعض أحكام العدة الواجبة على المرأة.

منها: امتناعه عن التزوج بعمة زوجته أو خالتها أو أختها إلى أن يطلق زوجته وتمضي عدتها منه، وامتناع الأجنبي عن التزوج بالمعتدة من غيره ....

أو ولي الصغيرة: معناه يجب عليه أن يربص الصغيرة، ذلك أن الصغيرة ـ دون البلوغ ـ غير مخاطبة بالأحكام من الشارع، ويجب على وليها أن يمنعها من

التزين والخروج .. وأن يمتنع عن تزويجها، فإذا لم يفعل أثم لمخالفته أحكام العدة.

عند زوال النكاح: أي بالطلاق أو الفسخ أو الموت، ذلك أن العدة لا تلزم مع قيام النكاح. إلا أنه يرد عليه الطلاق الرجعي، فإنه لا يزول به النكاح قبل انتهاء العدة، مع أن العدة واجبة فيه، ولذلك رجح البعض التعريف الثاني: (لانقضاء ما بقي من آثار النكاح).

هذا والمراد بالنكاح هنا النكاح المتأكد بالدخول أو الخلوة، حقيقة أو حكما، ذلك أن المنكوحة غير المدخول بها، أو المختلى بها، لا عدة عليها، إلا التي مات عنها زوجها، فإنها تعتد مطلقا، لأن الموت دخول حكما.

أو شبهته: المراد بشبهة النكاح الوطء بشبهة، والنكاح الفاسد، فإنهما تثبت بهما العدة، وكذلك أم الولد[1]، فإنها تعتد، لأن لها شبهة النكاح، أما المزني بها، فلا عدة عليها مطلقا، ولكن تستبرأ بحيضه، ويصح العقد عليها وإن كانت حاملا، إلا أنه لا يجوز وطؤها حتى تضع حملها.

سبب وجوب العدة:

سبب وجوب العدة على المرأة أمور:

أولها: النكاح المتأكد بالتسليم وما جرى مجراه، والمراد بالنكاح هنا العقد الصحيح، فلا عدة على المنكوحة بعقد باطل، لأن الباطل كالمعدوم، أما العقد الفاسد فكالصحيح في وجوب العدة إذا حصل بعده دخول فعلا، وقد أخذ بهذا قانون الأحوال الشخصية السوري في المواد (٤٩، ٥٠، ٥١، ١٢٥) منه والمراد

---

(١) استيلاد الرقيقة هو الاتصال بالجارية المملوكة بملك اليمين اتصال الزوج بزوجته إذا نتج عنه ولد وادعاه السيد وقال: هو ابني، وهنا تسمى المستولدة أم ولد، ويثبت لها بذلك سبب الحرية.

بالتسليم الدخول بالزوجة فعلا، وأما ما جرى مجرى التسليم فهو الاختلاء بالزوجة بعد العقد الصحيح اختلاء لا مانع معه من الدخول بها (الخلوة الصحيحة) فإذا كان معه مانع، فإن كان حسيا، كالرّتق والقَرَن، لم تجب العدة به، فإذا كان غير ذلك، وجبت به العدة، فإذا كان العقد فاسدا لم تجب العدة بالخلوة بعده مطلقا، ولكن بالدخول فعلا فقط، وكذلك وفاة الزوج بعد العقد الصحيح، فإنها تجب بها العدة على الزوجة، ولو لم يدخل بها زوجها، أو يختلي بها قبله، ويعتبر الموت دخولا حكما في حق وجوب العدة.

وثانيها: الاستيلاد في حق الرقيقة المملوكة بملك اليمين، فإن الاستيلاد كالنكاح في حق وجوب العدة على أم الولد بوفاة سيدها، أو إعتاقه لها في حياته، هذا إذا لم تكن محرمة عليه، وإلا فلا عدة عليها منه، وذلك كأن تكون أخته أو أمه، أو تكون مجوسية مثلا.

وثالثها: الوطء بشبهة، وهو كل اتصال جنسي بين رجل وامرأة لا عقد بينهما، إذا لم يجب به الحد، فإذا وجب بذلك الاتصال الجنسي بينهما الحد، فهو زنا، وليس وطءا بشبهة.

شروط وجوب العدة:

شرط وجوب العدة حلول الفرقة بين الرجل والمرأة، سواء كانت فرقة طلاق رجعي، أو طلاق بائن، أو كانت فسخا بجميع أسبابه[1] أو متاركة بعد نكاح فاسد أو وطء بشبهة، أو كانت وفاة الزوج حقيقة أو حكما، وذلك كله بعد انعقاد سبب العدة بحسب ما تقدم.

---

(١) لفسخ النكاح أسباب كثيرة اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، انظر كتابنا: " انقضاء النكاح بالفسخ في الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى ".

ركن العدة:

ركن العدة هو الماهيات التي تتألف العدة منها، وهي حرمات ثلاث هي:

١- حرمة التزوج بغير الزوج.

٢- حرمة الخروج من منزل الزوجية إلا لضرورة .

٣- وجوب الإحداد وحرمة التزين، وذلك في بعض أنواع العدة دون جميعها وسيأتي مزيد تفصيل وشرح لذلك في أحكام العدة .

أنواع العدة:

تنقسم العدة من حيثيات مختلفة إلى أنواع متعددة:

فهي من حيث سببها تنقسم إلى قسمين، عدة الطلاق أو الفسخ أو المتاركة، وعدة الموت.

وهي من حيث طبيعتها تنقسم إلى ثلاثة أقسام، عدة بالحيض، وعدة بالأشهر والأيام، وعدة بوضع الحمل.

وهذه الأنواع تختلف فيما بينها من حيث الطبيعة والمدة والأحكام، وإنني سوف أعتمد التقسيم الأول في بيان كل نوع ومدته.

١- عدة الطلاق والفسخ والمتاركة:

إذا كان سبب العدة طلاقا، رجعيا كان أو بائنا، أو كان فسخا، أو متاركة بعد نكاح فاسد أو وطء بشبهة، فإنها تكون بثلاث حيضات أحيانا، وتكون بثلاثة أشهر أحيانا أخرى، كما تكون بوضع الحمل في بعض الأحيان، وذلك حسب التفصيل التالي:

تبدأ العدة مطلقا فور انعقاد سببها وقيام شرطها، فعدة الوفاة تبدأ من تاريخ وفاة الزوج، وعدة الطلاق تبدأ من تاريخ وقوع الطلاق، وعدة الفسخ تبدأ من

تاريخ حصول الفسخ، وعدة المتاركة تبدأ من تاريخ المتاركة، والمتاركة إما أن تكون بحكم القاضي فتبدأ من تاريخ الحكم، وإما أن تكون بالعزم على ترك الوطء فتكون من تاريخ هذا العزم، سواء في ذلك كان سبب العدة وشرطها معلومين للزوجة في أول العدة، أو لا.

فمن بلغها أن زوجها المسافر قد مات منذ سنتين اعتبرت عدتها مبتدأة منذ سنتين، وكذلك إذا بلغها أنه طلقها منذ ثلاث سنين، فإن مبدأ عدتها يعتبر من تاريخ الطلاق لا من تاريخ علم الزوجة به، وهكذا .... وسواء في ذلك التزمت المعدة بأحكام العدة أو لا، إلا أنها إذا التزمت بها برَّت، وإلا أثمت، إلا أن تكون جاهلة بسبب العدة وشرطها وقتئذ، فلا إثم عليها لذلك.

ولا تتأخر العدة عن ذلك كما يظن بعض العوام، إذ يؤخرون البدء بعدة الوفاة إلى اليوم الثالث من الوفاة أو اليوم السابع منها أو اليوم الأربعين ....فإنه جهل في الدين لا أصل له.

أما نهاية العدة فمرتبطة بطبيعة العدة ونوعها ومدتها، وذلك يختلف بحسب حال الزوجة.

فإن كانت الزوجة حاملا في بدء العدة -سواء أكانت العدة من موت أو طلاق أو فسخ أو متاركة_ كانت نهاية عدتها وضع حملها بعد ذلك، ولا يهم أمر المدة الزمنية، فإذا وضعت حملها بعد ساعة من بدء العدة انتهت العدة في حقها، وإذا استمر حملها سنة كاملة أو أكثر امتدت عدتها طيلة هذه المدة كلها إلى وضع الحمل. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ ﴾ [الطلاق: ٤].

هذا والمعتبر في الولادة التي تنقضي بها العدة وضع جميع الحمل، أو أكثره. فإذا وضعت المعتدة الحامل أحد التوأمين وبقي الآخر في بطنها، لم تنته عدتها به، ولكن بوضع التوأم الثاني، هذا إذا كان الجنين مستبينا بعض خلقه، فإذا كان عَلَقة أو مضغة لم يعتبر وضعه ولادة، ولكن إسقاطا، ولا تنقضي به العدة عند الحنيفة، وذهب الشافعية إلى أن وضع المضغة ولادة مطلقا ما دامت هذه المضغة أصل آدمي بشهادة القوابل.

هذا ولا يجوز أن تتأخر الولادة أكثر من سنتين هجريتين عند الحنفية، وأربع سنين هجرية عند الشافعية، وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٢٨ منه إلى اعتبار مدة الحمل سنة شمسية.

وإن كانت المعتدة حائلا غير حامل عند بدء العدة، فإنه ينظر إلى حالها:

فإن كانت من ذوات الحيض، فإنها تؤمر بالاعتداد بثلاث حيضات، وتنتهي عدتها بطهرها من الحيضة الثالثة، هذا ولا يعتد بالحيضة التي بدأت فيها العدة إن كانت المعتدة حائضا وقتها، لأن الواجب الاعتداد بثلاث حيضات كاملات. وهذا مذهب الحنفية، وذهب الشافعية إلى أنها تعتد بثلاثة أطهار، وتنتهي عدتها عندهم بانتهاء طهرها الثالث، وذلك لقوله تعالى: (وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ)[البقرة: ٢٢٨]، فقد فسر الحنفية القرء بالحيض، وفسره الشافعية بالطهر، واللغة تحتمل كلا التفسيرين.

وإن كانت من غير ذوات الحيض، بأن كانت، صغيرة دون التاسعة، أو كانت آيسة تجاوزت الخامسة والخمسين - على خلاف بين الفقهاء في تحديد سن الإياس- وانقطع دمها، أو أنها صغيرة بلغت بالسن ولم تحض بعد، فإنها تعتد بثلاثة أشهر قمرية، وتنتهي عدتها بانتهاء الأشهر الثلاثة من تاريخ بدء العدة

في حقها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق:٤].

وإن كانت ممتدة الطهر، بأن حاضت بعد بلوغها ثم انقطع دمها لعلة، فإنها تعتد بالحيض حتى تبلغ سن الإياس، فإذا بلغته ولم تحض أو حاضت مرة أو مرتين فقط ولم تحض الثالثة، اعتدت بثلاثة أشهر بعد بلوغها سن الإياس، وهذا عند الحنفية، وكذلك المذهب الجديد عند الشافعية، والقول القديم للشافعي أنها تعتد بغالب مدة الحمل، وهي تسعة أشهر، لأن بها تتبين براءة رحمها، وقيل تعتد بأربع سنين، هي نهاية مدة الحمل، وقيل تعتد بستة أشهر، وهي أدنى مدة الحمل. وقول الشافعي القديم هذا أرفق بالمعتدات، وإن كان القول الجديد وهو قول الحنفية أقوى دليلا.

فإن كانت المعتدة ممتدة الدم، بأن لا تطهر أبدا، فقد ذهب الحنفية إلى أنها تعتد بسبعة أشهر، فيقدر لها عشرة أيام للحيض وشهران للطهر ثلاث مرات، وقيل تعتد بثلاثة أشهر، فيقدر لكل حيضة عشرة أيام ولكل طهر عشرون يوما. وذهب الشافعية إلى أنها إن كانت ذاكرة لأيام حيضها وطهرها قبل امتداد الدم، (مميزة) فإنها تعتد بما تذكر من عادتها، وإن كانت غير ذاكرة لذلك، فإنها تعتد بثلاثة أشهر، لأن الأشهر الثلاثة لا تخلو من ثلاثة أطهار في الغالب.

٢ـ عدة الوفاة:

عدة الوفاة إما أن تكون بأربعة أشهر وعشرة أيام، وإما بوضع الحمل، وإما بثلاثة أشهر، أو بثلاث حيضات، وذلك بحسب حال الزوجة، وهو كما يلي:

فإن كانت المرأة حاملا عند وفاة الزوج، فإنها تعتد بوضع الحمل كما تقدم في عدة الطلاق، لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فإنه عام يعم المطلقة والمتوفى عنها زوجها جميعا.

وإن كانت حائلا غير حامل، فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، والأشهر هنا أشهر قمرية.

هذا إذا كان نكاحها من زوجها صحيحا، فإذا كان فاسدا، أو كانت موطوءة بشبهة، فإنها تعتد من وفاة الزوج والواطئ بثلاث حيضات، أو ثلاثة أشهر، كما تقدم في عدة الطلاق، ولا تعتد بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ما دامت حائلا، فإذا كانت حاملا اعتدت بوضع حملها.

ويستوي هنا أن تكون المعتدة صغيرة أو كبيرة، مسلمة أو كتابية، إذا كان زوجها مسلما، لأن الاعتداد حق الله تعالى، كما يستوي أن يكون زوجها قد دخل بها قبل وفاته أو لا، لأن الموت دخول حكما، بخلاف الطلاق والفسخ والمتاركة، كما تقدم، فإنها لا تجب العدة عليها بها قبل الدخول أو الخلوة بخلاف الموت. هذا إذا كان النكاح صحيحا، فإذا كان فاسدا ثم توفي عنها زوجها، فإنها لا تعتد ما لم يكن قد دخل بها فعلا، فإذا كان دخل بها فعلا ثم مات عنها، اعتدت، وإلا فلا.

تغيُّر العدة:

قد يطلِّق الرجل زوجته رجعيا أو بائنا فتعتد منه، ثم يتوفى عنها وهي في عدتها، فهل تبقى في هذه الحال في عدتها الأولى؟

الجواب: أنها إن كانت عند وفاته في عدتها من طلاق رجعي، فإنها تستأنف عدة وفاة من تاريخ الوفاة، وتلغى العدة السابقة في حقها، وإذا كانت في عدتها من طلاق بائن، فإنها تعتد بأبعد الأجلين، فتستمر في العدة الأولى أو تستأنف عدة وفاة جديدة من تاريخ الوفاة، أيهما أبعد أجلا، هذا إذا كان الطلاق الذي تعتد منه طلاق الفار، وتحقق به الإرث لها، فإذا لم يكن طلاق الفار، بأن كان الطلاق برضاها وطلبها ولم ترث منه، فإنها تستمر في عدتها الأولى فقط، ولا تلزمها عدة وفاة. وكذلك المعتدة من فسخ أو متاركة، فإنها تستمر في عدتها الأولى، ولا تلزمها عدة الوفاة، لأنها لا إرث لها.

فإذا توفي الزوج بعد انقضاء العدة لم يلزمها شيء من عدة الوفاة مطلقا، لأنها غريبة عنه من كل وجه عند وفاته.

أحكام العدة:

أحكام العدة كثيرة مختلفة، يدخل فيها أركان العدة الثلاثة المتقدمة، وهذه الأحكام في جملتها هي:

١ – منع المعتدة من التزوج بغير الزوج أو الواطئ بشبهة مدة العدة:

فإنه يحرم على المعتدة من طلاق أو فسخ أو موت أن تتزوج من غير زوجها الذي طلقها، أو فسخ نكاحها منه، أو توفي عنها أثناء العدة، فإذا تزوجت كان زواجها باطلا أصلا، ويجب بالوطء به الحد إذا لم ترافقه شبهة خارجة عنه.

وكذلك التعريض بالزواج للمعتدة إذا كانت عدتها من طلاق أو فسخ، فإنه حرام، فإذا كانت في عدة الوفاة جاز التعريض لها به، لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ

أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ فَٱحْذَرُوهُ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ (٢٣٥)﴾ [البقرة:٢٣٥].

أما خطبة المعتدة فإنها ممنوعة في كل أنواع العدة، سواء أكانت من طلاق أو فسخ، أو موت، أو متاركة.

هذا في حق غير زوجها، أما زوجها الذي تعتد منه، فإن له أن يعيدها إلى عصمته في عدتها بمراجعة في الطلاق الرجعي، وبعقد جديد في الطلاق البائن بينونة صغرى، والفسخ، فإذا كانت البينونة كبرى لم يجز لزوجها إعادتها إلى عصمته مطلقا، في العدة وبعدها، حتى تنكح زوجا غيره بعد عدتها، ويطلقها ذلك الزوج أو يتوفى عنها، وتنقضي عدتها منه. فإذا حصل ذلك، فإن لزوجها الأول بعده أن يعيدها إلى عصمته بعقد جديد، وذلك مصداقا لقول الله تعالى:

﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ (٢٢٩) فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (٢٣٠)﴾

[البقرة:٢٢٩-٢٣٠]

٢- منع المعتدة من الخروج من منزل الزوجية:

من أركان العدة وأحكامها وجوب إقامة الزوجة في مسكن الزوجية الذي

كانت تقيم فيه مع زوجها قبل الاعتداد، ولا تخرج منه مطلقاً، سواء أكانت العدة من طلاق، أو موت، وذلك مدة العدة كلها، سواء أكان المنزل ملكاً للزوج، أو لم يكن ملكاً له، ما دامت إقامتها فيه ممكنة، فإذا كانت مستحيلة بأن تهدم البيت أو أجبرها صاحب البيت على إخلائه بالقوة ... فإن لها في هذه الأحوال أن تنتقل منه إلى أقرب بيت يمكن لها الإقامة فيه بأمان، وبذلك يكون البيت المنقولة إليه بمثابة بيت الزوجية، فتدخله ولا تخرج منه حتى نهاية عدتها، فإذا امتنع صاحب البيت من الإذن لها بالمقام فيه إلا بأجر المثل، وجب عليها دفع أجر المثل له ما دامت تستطيعه.

ثم إذا كان البيت مستقلا خاصا بها لا يشاركها فيه غيرها من غير محارمها، فإنها تتجول فيه بين غرفه كيف شاءت، وإن كان مشتركاً مع غيرها من غير محارمها، فتمتنع عن الخروج من غرفتها المخصصة لها إلى غيرها إلا لضرورة أو حاجة ماسة.

هذا ويسمح للمعتمدة من طلاق أو فسخ بالخروج من المنزل الذي تعتد فيه لضرورات أو حاجات ماسة لابد منها، كالتطبيب، وشراء الحاجات إذا لم تجد من يؤمنها لها من محارمها، فإذا وجدت من يؤمن ذلك لها من محارمها، لم يجز لها الخروج.

فإذا كانت معتدة من وفاة، جاز لها أن تخرج لضروراتها وللعمل أيضا، إذا لم يكن لها مال تستطيع الاستغناء به مدة العدة، فإذا كان لها مال تستغني به، لم يجز لها الخروج للعمل، وعلى هذا يخرج أمر الزوجات العاملات اليوم إذا وجبت عليهن العدة، ولكن الضرورة تقدر بقدرها، وهذا بخلاف معتدة الطلاق والفسخ، فإنه ليس لها الخروج للعمل مطلقاً، لا ستغنائها بوجوب النفقة لها على زوجها مدة العدة.

هذا كله إذا كان الزوج مأموناً على الزوجة، فإذا كان فاسقاً غير مأمون عليها، أو كان البيت يضيق عنها، فإن كانت العدة من طلاق رجعي لم يتغير الحكم، وتؤمر بالبقاء معه في منزل الزوجية، وإن كانت العدة، من طلاق بائن أو فسخ، فإن القاضي يأمر الزوج بمغادرة البيت وتركه للزوجة مدة العدة، أو يأمر امرأة مأمونة بالقيام مع الزوجة أثناء عدتها، إذا علم أن ذلك يكفي لصيانتها، وتكون أجرة المرأة المأمونة هذه واجبة في بيت مال المسلمين (الخزانة العامة) – إذا طلبت على ذلك أجرة-.

٣ – منع الزوج من التزوج بخامسة في عدة الرابعة:

إذا كان للزوج أربع زوجات، فطلق إحداهن أو فسخ زواجها منه، أو كان له ثلاث زوجات ووطء رابعة بشبهة، أو عقد فاسد، ثم تاركها، فإنه لا يحل له التزوج بخامسة حتى تنقضي عدة المطلقة أو المفسوخ نكاحها أو المتروكة، لأنها ما دامت في عدتها فهي في عصمته بالجملة، فإذا انقضت عدتها تزوج من شاء ممن يحل له من النساء.

٤ – منع الزوج من التزوج بمحارم الزوجة المعتدة، أثناء العدة، ممن لا يجوز له جمعها معها في نكاح واحد:

وذلك كعمة الزوجة وخالتها وأختها وابنة أخيها، لأن المعتدة في عصمة الزوج بالجملة ما دامت في عدتها من فراقه، فإذا تزوج بأختها أو عمتها ... وهي في عدتها، كان جامعاً بينهما من وجه، وهو ممنوع، بالحديث الشريف، عن جابر ﷺ قال: (**نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها**) رواه البخاري، وفي رواية لمسلم: (**نهى رسول الله ﷺ أن يجمع الرجل بين**

المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها)، فإذا انقضت العدة جاز له تزوج من شاء ممن يحل له من النساء.

٥- وجوب الحداد أو الإحداد على المعتدة:

فقد ذهب الحنفية إلى أن الحداد واجب على المعتدة من وفاة، وعلى المعتدة من طلاق بائن، أما المعتدة من طلاق رجعي فلا حداد عليها، لبقاء الزوجية حكماً. وذهب الشافعية إلى أنه لا حداد على المطلقة مطلقاً، رجعياً كان الطلاق أو بائنا، والحداد واجب فقط على المتوفى عنها زوجها، إلا أنهم استحسنوا الإحداد للمعتدة من طلاق بائن من غير وجوب، وفي قول قديم للشافعي: يجب الإحداد على المبانة كالحنفية. هذا ولا حداد على المعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة عند الجميع.

والحداد هو ترك الزينة في اللباس والحلي وغيرها، فلا يباح لها لبس الثياب الزاهية الألوان أو المزركشة، ولا لبس الحلي، ولا الامتشاط بمشط ضيق الأسنان، ويدخل في ذلك لبس الثياب السوداء المزينة المزركشة، وكذلك تصفيف الشعر وتزيينه في أيامنا هذه، ويحرم عليها كذلك التطيب، والاكتحال ... وهكذا كل ما يعد من الزينة في العرف.

والحداد معناه إظهار الحزن على الزوجية المنقضية التي هي نعمة كبرى من الله تعالى، والإحداد حق الله تعالى، فإذا خالفته المعتدة أثمت، والعدة ماضية على حالها لم تتأثر، وذلك خلافاً لما يشاع لدى بعض العامة من بطلان العدة بذلك.

٦- جواز مراجعة زوجها لها:

إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي جاز لزوجها المطلق مراجعتها في العدة بدون رضاها، وذلك بأن يقول لها: (راجعتك لعقد نكاحي) أو ما في معناه،

أو ينال منها فعلا ما لا يحل لغير الزوج، كالوطء والمس بشهوة، وإن كان ذلك مكروها قبل المراجعة اللفظية، هذا مذهب جمهور الفقهاء، وقال الشافعية: لا مراجعة بغير اللفظ الدال عليها.

فإذا انقضت العدة قبل أن يراجعها، لم يعد له حق مراجعتها، ولكن يعقد عليها برضاها وبمهر جديد إن شاء، لحلول البينونة بانقضاء العدة.

أما المعتدة من طلاق بائن، فإنه لا يجوز لزوجها مراجعتها في العدة ولا بعدها، ولكن يعقد عليها برضاها بمهر جديد في العدة وبعدها إن شاء، إذا كانت البينونة صغرى، فإذا كانت بينونة كبرى لم يحل له العقد عليها في العدة ولا بعدها حتى تنكح زوجاً غيره . كما تقدم .

٧ — وقوع الطلاق عليها :

إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي، فطلقها زوجها ثانية في عدتها رجعية كانت الطلقة الثانية أو بائنة، وقعت الطلقة الثانية عليها، وضمت إلى الطلقة الأولى، فإن كانت الأولى واحدة صارت بها اثنتين، وإن كانتا اثنتين صارتا ثلاثا وبانت منه بينونة كبرى، فإن الطلاق الرجعي يلحقه الرجعي والبائن معاً، عند الحنفية. وإن كان الطلاق الأول الذي تعتد منه بائناً، ثم طلقها زوجها المطلق ثانية بائناً، لم يقع الطلاق الثاني عند الحنفية، إلا أن يكون طلاقاً على مال، فإنه يقع، ويضم إلى الطلاق الأول، لأنه صريح، فإذا طلقها ثانية رجعياً وقع الطلاق الثاني، وضم إلى الأول، لأن الرجعي يلحق الرجعي والبائن معاً عندهم.

هذا إذا كان الطلاق البائن الثاني أمكن جعله إخباراً عن حال المرأة بعد بينونتها الأولى، بأن أبانها فاعتدت ثم قال لها في عدتها: (أنت حرام عليّ) أو (أنت مبانة مني) فإنه لا يقع عليها بذلك شيء، لإمكان جعل المطلق بذلك

مخبراً عن بينونتها، فإذا لم يمكن جعله مخبراً عن ذلك، بأن أبانها فاعتدت فقال لها في عدتها: (أنت مبانة بأخرى) فإنه يقع، ويلحقها، وتجعل مبانة بطلقة بائنة ثانية ...فإذا كانت معتدة من فسخ أو وطء بشبهة، لم يقع عليها الطلاق في عدتها مطلقاً.

هذا كله مادامت في عدتها، فإذا انقضت العدة ثم أبانها بثانية أو ثالثة، أو طلقها رجعياً، لم يقع عليها شيء، لانقضاء الزوجية تماماً بانتهاء العدة، وسواء في ذلك أن تكون العدة المنقضية عدة طلاق رجعي أو بائن أو فسخ.

وهذا كله أيضاً إذا كان الطلاق منجزاً، أو معلقاً وقد حصل الشرط المعلق عليه الطلاق، فإذا طلقها بطلاق معلق، وقبل وقوع الطلاق طلقها ثانية، ثم حصل المعلق عليه، وقع عليها الطلاق الثاني مطلقاً، لأنها لازالت في عصمته.

٨- إرثها من مطلِّقها:

إذا طلق الزوج زوجته، أو فسخ نكاحها منه، أو تاركها، ثم توفي عنها وهي في عدتها من فراقه، فهل ترث منه؟

اتفق الفقهاء على أن الزوجة إذا كانت في عدتها من طلاق رجعي، ثم توفي الزوج وهي بعد في العدة، فإنها ترث منه، لبقاء الزوجية بينهما حكماً أثناء هذه العدة.

فإذا كانت المطلقة في عدتها من طلاق بائن، ثم مات مطلقها، فقد ذهب الحنفية إلى أنها ترث منه إذا كان طلاق الفار، وطلاق الفار هو أن يطلقها في مرض موته طائعا بغير رضاها، فإذا طلقها في صحته أو في مرضه ولكن مكرهاً، أو غير مكره ولكن بناء على طلبها هي، لم يكن فاراً بهذا الطلاق منها ما دام الطلاق بائنا، فإذا كان رجعياً ورثته مطلقاً – كما تقدم –.

فإذا كانت في عدتها من عقد فاسد أو وطء بشبهة، لم ترث منه مطلقاً، لأن سبب الإرث هو الزوجية الصحيحة، وهي منقضية هنا.

٩ – وجوب النفقة لها على زوجها :

اتفق الفقهاء على أن للمطلقة رجعياً نفقة كاملة على زوجها المطلق مدة العدة، لقيام الزوجية بينهما حكماً، ولأنها محتبسة بسببه، أما المطلقة بائناً، فقد ذهب الحنفية إلى أن لها النفقة كاملة على مطلقها مدة العدة، لأنها محتبسة بسببه، وذهب الشافعية إلى أنها تستحق على المطلق السكنى فقط، ولا نفقة لها فيما عدى ذلك، إن كانت حائلاً غير حامل، فإذا كانت حاملاً وجبت لها عليه النفقة كاملة كالحنفية.

وأما المفسوخ نكاحها، فإن كان الفسخ بسبب الزوج، وجبت لها النفقة كاملة، وإن كان بسبب منها، فإن كان السبب معصية كارتدادها – والعياذ بالله تعالى – لم يجب لها شيء من النفقة إلا السكنى، وإن لم يكن معصية وجبت لها النفقة كاملة، وهذا عند الحنفية، وذهب الشافعية إلى أن الفسخ إن كان بسبب مرافق للعقد، كالعيب القديم، فلا نفقة لها ولا سكنى، وإن كان بسبب طارئ، فإن كانت حائلاً وجبت لها السكنى فقط كالمبانة، ولا نفقة لها فيما عدى ذلك.

وهذا كله إذا كان عقد نكاحها الأول صحيحاً، فإذا كان فاسداً، أو كان وطءاً بشبهة، لم تستحق النفقة في عدتها على أحد مطلقاً، زوجاً كان أو واطئاً.

هذا وتجب نفقة المعتدة على الزوج على نحو ما تقدم، ما دامت الزوجة في بيت الزوجية، فإذا خرجت منه بدون إذنه وبدون سبب مشروع، تكون ناشزاً،

وتسقط نفقتها، كالزوجة تماماً، فإذا خرجت بإذنه أو لسبب مشروع، استحقت النفقة عليه مطلقاً.

الحكمة في وجوب العدة على الزوجة والموطوءة:

المعنى العام لوجوب العدة على الزوجة والموطوءة بالطلاق أو الوفاة أو المتاركة في الشريعة الإسلامية هو ضمان براءة رحمها، توخيا لحفظ الأنساب، ودفعاً لا ختلا طها، وصوناً لنقائها الذي هو قوام سلامة المجتمع، ثم إن فيها صيانة لسمعة الزوجة من أن تلوكها الألسن إذا ما أسرعت بالزواج، وتنويهاً بأهمية النكاح وحرمته وخطره، كما أن فيها تثبيتاً لأواصر الود واستمراره بين الزوجة وأحمائها ذوي المتوفى إذا كانت عدة وفاة،حيث تبقى الزوجة مدة في منزل الزوجية قريبة منهم، يستروحون من النظر إليها أريج فقيدهم، وكم ستكون الجفوة كبيرة والحزن عميقاً في نفوسهم لو رأوها متزوجة من آخر بعد وفاة فقيدهم بيوم أو يومين، أو شهر مثلاً، وكيف لا يرعى الإسلام مثل هذه المعاني السامية وهو دين الوحدة والأخوة والمحبة والسلام!.

ثم إن في مكث المعتدة في منزل الزوجية وعدم التزوج باخر في عدة الطلاق الرجعي معنى هاماً آخر، وهو تمكين الزوج من مراجعة نفسه، والعود إلى زوجته واستئناف الحياة الزوجية معها مرة ثانية، ما دامت في عدتها، فإنها تقف أمامه، وتساكنه وتؤاكله وتتزين له، وذلك أنه لا حداد على معتدة الرجعي، بل إن من المستحسن للزوجة المعتدة من رجعي أن تتزين لزوجها ترغيباً له في العودة إلى نعمة الزواج معها.

الرضـــاع

تمهيـد:

شرع الله تعالى الزواج بين الجنسين الذكر والأنثى ليتم به بناء الأسرة، التي هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع الكبير، وأقام هذا الزواج على أسس سليمة، تضمن سلامة تلك اللبنات، فجعل للزواج شروطاً وأركاناً وأحكاماً، غايتها جميعا تقوية الزواج، وتوجيهه الوجهة السليمة المحكمة، نحو الغاية التي شرع من أجلها، وهي بناء الأسرة عماد المجتمع.

ومن شروط الزواج في الشريعة الإسلامية، انتفاء المحرمية بين الزوج والزوجة، فلا يحل لرجل أن يتزوج بأمه أو أخته أو ابنته أو ابنة أخته ... وذلك خلافاً لبعض التشريعات والتنظيمات الأخرى، كاليهودية مثلاً، فإنها تبيح الزواج ببنت الأخ، وبنت الأخت، وكذلك بعض الشرائع المصرية القديمة، حيث تبيح الزواج ببعض المحارم.

وللمحرميَّة المؤبدة في الشريعة الإسلامية أسباب ثلاثة، هي: القرابة، والمصاهرة والرضاع .

ولكل سبب من هذه الأسباب حدود وأحكام محددة.

وإننا في هذا البحث سوف ندرس التحريم بالرضاع فقط، مبينين أحكامه وشروطه وآثاره، بما يجليه في ثوب نظرية متكاملة متتامة.

تعريف الرضاع لغة وشرعاً:

الرضاع في اللغة مص الثدي: وهو من باب عَلِم في لغة تهامة، ومن باب ضرب في لغة نجد، وقريش ترى اللغتين معاً. وجاء في المصباح المنير خلاف

ذلك، حيث قال: (من باب تعب في لغة نجد .. ومن باب ضرب لغة لأهل تهامة، وأهل مكة يتكلمون بها).

ويأتي الرضاع من باب كرم، كما يأتي من باب فتح كذلك. والمصدر منه الرضاع بالفتح والكسر، والرضاعة بفتح الراء، والمرأة مرضع، قال الفراء وجماعة: إن قصد حقيقة الوصف بالإرضاع فمرضع بغير هاء، وإن قصد مجاز الوصف بمعنى أنها محل الإرضاع فيما كان أو سيكون فبالهاء، وعليه قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَرَوْنَهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّآ أَرْضَعَتْ﴾ [الحج: ٢].

أما الرضاع في الشرع: فهو عند الحنفية: (مص ثدي آدمية في وقت مخصوص). وقد ألحق الوُجور والسعوط بالمص، قياسا عليه. وعند المالكية: (وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر من منفذ واسع)، فدخل في الرضاع لذلك الحقنة، وخرج عنه الصب في الأذن والعين. وعند الشافعية: (اسم لحصول اللبن من امرأة في معدة طفل أو دماغه)، وبذلك يكون السعوط والوجور من الرضاع في الأصل، دون حاجة لقياسهما عليه. وذهب بعض الحنبلية إلى أن الرضاع هو: (مص لبن أو شربه ونحوه، ثاب من حمل من ثدي امرأة)، فخرج بذلك المص أو الشرب ممن لم يثب لبنها من حمل من الرضاع.

حكم الرضاع:

للرضاع أحكام متعددة كثيرة أهمها:

١ - أنه واجب على الأم ديانة، ولا يجب قضاء عليها إلا إذا تعينت فلم يقبل ثدي غيرها، أو كان الأب فقيراً غير قادر على أجرة المرضع لابنه، وهذا الحكم محله باب النفقة، ولهذا فإننا لن نبحث فيه، ونتركه لمظانه.

٢ - يحرم على المرضع إرضاع الطفل بعد اكتمال سن الرضاعة، واستغناء

الطفل عنه، كما هو محرم لغير الطفل، لما فيه من استعمال جزء الآدمي لغير ضرورة، وهذا الحكم محله باب الحظر والإباحة من كتب الفقه، ولذلك فإننا نحيل عليه.

٣ - إنه مثبت للحرمة بين الرضيع والمرضع ومحارمها.

وهذا البحث أساس بحثنا هنا، ولذلك فإننا سوف نستعرض فيه التفصيلات والأدلة بما يجليه.

فقد اتفق الفقهاء على أن الرضاع مثبت للحرمة المؤبدة، وأنه سبب من أسبابها، كالنسب والمصاهرة، إذا استجمع أركانه وشروطه، وهذه الأركان والشروط بعضها اتفق الفقهاء فيه، وبعضها اختلفوا فيه، وسوف نفصله إن شاء الله تعالى.

والدليل على التحريم بالرضاع آيات كريمة وأحاديث شريفة كثيرة، سوف يرد جلها في أثناء البحث في شروط الرضاع، منها قوله ﷺ: «**يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب**» رواه البخاري، وقوله ﷺ: «**يحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم**» رواه مسلم، وقوله: «**ما حرمته الولادة حرمه الرضاع**» السنن الكبرى للنسائي.

ولهذا فقد قاس الفقهاء تفصيل أحكام التحريم بالرضاع على أحكام التحريم بالنسب التي جاءت مفصلة في القرآن الكريم في أكثر من آية كريمة، منها قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ

ٱلَّتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ [النساء:٢٣].

وقد استثنى العلماء بعض حالات من التحريم بالرضاع، وهي محرمة بالنسب، وقد أوصلها بعض الحنفية إلى إحدى وعشرين صورة مستثناة، وجمع بعضهم أصول هذه الصور في بيتين من الشعر قال فيهما:

يفارق النسب الإرضاع في صور كأم نافلة أو جدة الولد
وأم أخت وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعمة ابن اعتمد

والتحقيق أن هذه الصور ليست مستثناة من القياس على النسب، ولكنها افتقدت شرط التحريم بالنسب، من ذلك على سبيل المثال: أن يكون لإنسان ابن ابن نسبي له أ م من الرضاع، فإن هذه الأم تحل للجد هذا، مع أن أم ابن الابن النسبية لا تحل له، فهي مستثناة لذلك – على قول من قال بالاستثناء- والواقع أنه لا استثناء، ولكن سبب تحريم أم ابن الابن النسبية أنها زوجة الابن، وهي محرمة بنص الكتاب الكريم كما تقدم، وهذه ليست كذلك، فافتقد سبب التحريم، فلم تحرم لذلك على القاعدة، ويقاس على ذلك الصور التي ظن أنها مستثناة.

أركان الرضاع وشروطه:

للرضاع أركان ثلاثة: المرضع، واللبن، والرضيع، ولكل ركن من أركان الرضاع هذه شروط اتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، كما جرت الإشارة إليه، وذلك على النحو التالي:

شروط المرضع:

يشترط في المرضع ليكون لبنها محرِّماً للرضيع شروط، هي:

أ- أن تكون آدمية أنثى: وهذا الشرط محل اتفاق الفقهاء، ولهذا فإن لبن البهيمة غير محرم، وكذلك لبن الجِنيَّة، ولبن الرجل، أما لبن الخنثى المشكل، فقد ذهب المالكية في الظاهر من مذهبهم إلى أنه محرم احتياطاً، وذهب الحنبلية إلى أنه لا يحرم، لأن الأصل الحل فلا يرتفع بالشك، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى التوقف فيه إلى أن يتبين أمره، فإن مات ولم يظهر أمره لم يحرِّم.

ب- أن تكون حيَّة: فلو كانت ميتة ورضع منها صبي لم يحرِّم ذلك عند الشافعية والجعفرية، فإذا كانت محتضرة لم يحرم لبنها أيضاً، إذا كانت حياتها كحياة المذبوح، وإلا حرم.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرضع الحية والميتة سواء في التحريم، مادام الرضيع قد رضع منها لبناً، فلو شك في أنه لبن، فكذلك احتياطاً، بخلاف ما لو شك في وجود اللبن في ثديها، فإنه يمنع التحريم، لأن الرضاع لا يسمى كذلك ما لم يعلم منه وصول اللبن إلى الجوف، والشك ينافي العلم بذلك، فينتفي الرضاع معه. وفي قول للشافعية: إن لبن الميتة يحرم أيضا كمذهب الجمهور.

ج- أن تكون من أهل الحمل: وذلك بأن تبلغ سن التاسعة، إذ الحمل لا يتصور منها قبل ذلك، واللبن لا يتصور نزوله ممن لم تبلغ سن الحمل.

وقد ذهب إلى اشتراط هذا الشرط الحنفية والشافعية، أما المالكية فلم يشترطوا شيئاً من ذلك مطلقا، وذهب الحنبلية في قول غير مصحح إلى أبعد من اشتراط أهليتها للحمل فقالوا: يشترط للتحريم أن يكون اللبن ناشئاً من حمل

فعلاً، فلو كانت يائسة أو عجوزاً ولم يكن لبنها ناشئاً من حمل سابق، فإن الرضاع منها لا يحرم، إلا أن الأصح عندهم أنه يحرم ولو كانت بكراً، موافقين بذلك مذهب الجمهور.

د- أن تكون ثيباً، فلو كانت بكراً لم يحرم إرضاعها، وذلك عند الحنبلية والشافعية على رواية غير مصححة، وذهب الجمهور وفيهم الشافعية والحنبلية في الصحيح عندهما إلى أن لبن البكر محرم أيضا، إذا كان له صفات اللبن، فإذا كان شيئاً أصفر لم يحرِّم، لأنه ليس لبناً، بخلاف الثيب، فإن الخارج من ثديها محرِّم ولو كان ماء أصفر، لأنه لبن، بدليل الاستصحاب.

وذهب الجعفرية إلى أن اللبن لا يحرِّم ما لم يكن عن نكاح صحيح، أو فاسد، أو وطء بشبهة، فلو در لبن المرأة لا عن سبب، أو كان عن زنا، فإنه لا يحرم عندهم.

شروط الرضيع:

يشترط للتحريم في الرضيع شرطان هما:

أ- **أن يكون حياً**: وذلك لأن الميت فاقد الأهلية مطلقا، فلا تتعلق به الأحكام، وذلك بإجماع الفقهاء دون خلاف.

ب- **أن يكون في سن الرضاعة**: وقد اختلف الفقهاء في تقدير سن الرضاعة على أقوال:

فذهب الجمهور إلى أنها سنتان قمريتان، وذلك استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وقوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، وقوله جل من قائل:

﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ﴾ [الأحقاف: ١٥]، فإذا نزل منها ستة أشهر هي أدنى مدة الحمل بالإجماع، بقي سنتان للرضاعة.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التحريم بالرضاع يمتد إلى سنتين ونصف، وذلك لأن قوله تعالى : ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] يحتمل أن يكون ذلك لكل من الحمل والفصال، وقد زال الاحتمال عن الحمل بقول عائشة رضي الله عنها: **(ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عود المغزل)** رواه الدارقطني والبيهقي، فبقي الرضاع على الاحتمال، ثم إن الطفل يحتاج للتحول عن اللبن إلى الطعام غالبا إلى ستة أشهر.

وذهب زفر إلى أن مدة الرضاع المحرِّم ثلاث سنين، لأن فترة التحول عن اللبن إلى الطعام عند الصبي قد تستغرق سنة، وقد قال الكمال بن الهمام تعليقاً على قول زفر هذا: وذلك حسن، لأن السنة تضم الفصول الأربعة. وذهب مالك إلى أن التحريم يمتد إلى سنتين وشهرين، ذلك أن الشهرين قد يحتاج إليهما غالباً للتحول عن اللبن إلى الطعام.

وقد اشترط المالكية للتحريم، أن لا يكون الولد قد فصل عن اللبن بالفطام في تلك المدة، فإن فصل عنها واستغنى بالطعام ثم رضع بعد ذلك، فإنه لا يحرم، ولو كان ذلك دون السنتين. وقد نص على ذلك خليل في مختصره فقال: محرم إن حصل في الحولين أو بزيادة شهرين إلا أن يستغنى ولو فيهما .

وقد روي عن بعض الفقهاء أن التحريم يمتد إلى سن الخامسة عشرة، كما نقل عن بعضهم مده إلى أربعين سنة.

وقد روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن الرضاع يحرم في الصغير والكبير على سواء، وقد احتجت السيدة عائشة رضي الله عنها بما روي عنها من قولها بإطلاق قوله

تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] من غير فصل بين حال الصغر وحال الكبر.

كما استدلت بما روي من أن أبا حذيفة ﷺ تبنى سالما، وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل، فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة إلى رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله قد كنا نرى سالما ولداً، وكان يدخل عليَّ، وليس لنا إلا بيت واحد، فماذا ترى في شأنه، فقال لها رسول الله ﷺ: «**أرضعيه خمس رضعات ثم يدخل عليك**» رواه مالك وأحمد وابن حبان وغيرهم بألفاظ مشابهة، وكان سالم كبيرا. فدل ذلك على أن الرضاع في حالتي الصغر والكبر محرِّم، وقد روي عن السيدة عائشة ﷺ العمل بهذا الحديث بعد وفاة النبي ﷺ، حتى روي عنها أنها كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرتْ أختها أم كلثوم بنت أبي بكر ﷺ أوبنات أخيها عبدالرحمن أن يرضعه، فدل ذلك على أنه غير منسوخ.

إلا أنه يجاب عن حديث سالم المتقدم بوجهين:

آ - أن الحديث منسوخ، وأن السيدة عائشة ﷺ لم تعلم بنسخة، هذا وقد روي عن السيدة عائشة ﷺ نفسها ما يدل على رجوعها عنه، فإنه روي أنها قالت: (**لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم والدم**) وروي أنها كانت تأمر بنت أخيها عبدالرحمن بن أبي بكر الصديق ﷺ أن ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها إذا صاروا رجالاً.

على أن عمل السيدة عائشة ﷺ معارض بعمل سائر أزواج النبي ﷺ، فإنهن كن لا يرين أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال، والمعارض لا يكون حجة.

ب - إن حديث سالم خاص به، فلا يتعداه إلى غيره، وذلك لما لهذا الحديث من أحاديث كثيرة معارضه.

وبذلك يتحقق الاتفاق على عدم التحريم بما فوق ثلاث سنين، على أن الجمهور يخصون التحريم بسنتين فقط . كما تقدم.

٣- شروط اللبن:

ويشترط في اللبن للتحريم به شروط هي:

أ- **أن يكون مائعاً، بحيث يصح أن يقال فيه أن الصبي قد رضعه**، وهذا مذهب الحنيفة، وذهب الجمهور. وفيهم الشافعية، والمالكية في الأظهر، والحنبلة- إلى أنه يحرم سائلاً كان أو غير سائل، كأن يصنع منه جبن أو قشد فيأكله الطفل، فإنه يحرم، لأن المعنى هو التغذي به، وهو حاصل بهذا كما هو حاصل باللبن السائل.

واحتج الحنفية بأن المحرِّم هو الرضاع كما ورد في النص، وأكل الجبن والقشد ليس رضاعاً عرفا ولا شرعا ولا لغة، فلا يحرم لذلك.

وإنني أرى هنا رحاجة رأي الجمهور، لأن العبرة بالمعنى وليس بالشكل، والمعنى هنا هو إنبات اللحم وإنشاذ العظم، وهو حاصل به كما هو حاصل بمص اللبن السائل، فيستويان في التحريم لذلك، ثم إنه الأحوط.

ب - **أن لا يكون اللبن مغلوباً بغيره، فلو خلط لبن المرأة بطعام أو شراب أو دواء**. فإن كان اللبن غالباً أو مساوياً حرَّم، وإن كان مغلوباً بحيث لم يعد يظهر شيء من صفاته لم يحرِّم، سواء أشرب الولد المزيج كله أو بعضه، لأن المغلوب في حكم المعدوم، وهذا عند الجمهور، وذهب الشافعية في الأظهر إلى أن المخلوط يحرم ولو كان اللبن فيه مغلوباً، هذا إذا شربه الطفل كله، أو ترك

منه جزءا أقل من اللبن، لأنه عندئذ يقطع بوصول شيء من اللبن إلى جوف الطفل، فإن بقي جزء من الخليط مثل اللبن أو أكثر منه، لم يحرم في الأصح، لعدم الجزم بوصول جزء من اللبن إلى جوف الطفل.

وإنني أرى وجاهة مذهب الشافعية هذا، للتيقن بوصول جزء من اللبن إلى جوف الطفل، ولا يضر بعد ذلك أن يكون مخلوطاً بغيره أو لا، لأن اللبن في هذه الحال يحصل به إنبات اللحم وإنشاذ العظم في الحالين، وما الفرق بين لبن خلط بماء حتى أصبح مغلوباً ثم أوجر به الطفل، وبين إيجاره بلبن ثم إتباعه بماء لو خلط به اللبن قبل الإيجار كان اللبن مغلوباً به، والجمهور في المسألة الأخيرة على التحريم، فكذلك في الأولى عندي.

وقد ذهب الحنفية إلى أن اللبن المخلوط بجامد لا يحرم وإن كان اللبن هو الغالب، لأنه في هذه الحال لا يسمى رضاعاً، وهذا قول أبي حنيفة، وذهب الصاحبان إلى التحريم به ما لم يطبخ المزيج على النار، وكذلك اللبن المخلوط بما مسته النار ـ عند الحنفية ـ فهو كالمطبوخ، لا يحرم أيضاً ولو كان غالباً.

ثم الغلبة تكون بظهور الصفات وخفائها، لا بالحجم أو الوزن، كما قد يتبادر إلى الذهن.

فإذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى حرم الراضع منه عليهما معاً مطلقاً، سواء كان لبناهما متساويين أو لا، هذا إذا شربه الطفل كله، فإذا ترك جزءاً منه يساوي أو يزيد على المغلوب من لبنهما، فإنه يحرم على ذات اللبن الغالب منهما فقط، لعدم التيقن بوصول شيء من لبن ذات اللبن المغلوب منهما إلى جوفه، وقد ذهب إلى هذا الشافعية، وكذلك الحنفية والمالكية في المفتى به عندهم، وفي قول ثان للمالكية: إن ذات اللبن المغلوب لا تثبت حرمتها من الرضيع مطلقاً سواء شربه كله أو لا.

هذا ويشترط المالكية في اللبن المحرم أن يكون أبيض اللون، سواء كانت المرضع ثيبا أو بكراً، فإن كان ماء أصفر أو أحمر لم يحرِّم، ولا يضر التغير البسيط في اللبن، سواء كان التغير في اللون أو الريح، ما دام الغالب عليه صفات اللبن، وذهب الحنفية إلى أن المرضع إن كانت بكراً فإنه يشترط أن يكون لبنها أبيض، فإن كان أصفر أو أحمر كان قيحاً أو دماً، وإن كانت ثيبا اعتبر الأصفر والأحمر في حقها لبناً، بدليل الاستصحاب، هذا ما لم يخرج عن صفات اللبن بالكلية، وإلا لم يعد لبناً أيضاً.

ج - **أن يصل اللبن إلى الطفل وهو في سن الرضاعة:** وقد تقدم تفصيل ذلك لدى الفقهاء في شروط الراضع.

د- **أن يعلم وصول اللبن إلى الطفل يقينا أو ظنا:** فإذا شك في وصول اللبن إلى الطفل لم يحرِّم عند الجمهور، خلافا للمالكية، فإنهم يحرمون به هنا احتياطاً، لأن الأصل عدم الوصول إلا بدليل، فإذا شك في وصوله، بأن رئي الولد وهو يمص الثدي، وغلب على الظن أن لا لبن بالمرأة، أو ظن أن لا لبن بها، فإنه لا يحرِّم عند الجمهور، وكذلك إذا كان بها لبن وتحقق من عدم وصوله إلى جوف الطفل بطريق من الطرق، فإنه لا يحرِّم أيضاً، ويساويه في الحكم ما لو شك في أصل الرضاع، أرضع أو لا ؟ وكذلك ما لو شك في عدد الرضعات ولم يتيقن كونها خمساً أو عشراً، . عند من يشترط العدد للتحريم به . كما سوف يأتي.

ويشترط كذلك أن يكون وصول اللبن إلى جوف الطفل عن طريق الفم مطلقاً، سواء كان بالتقام الثدي (الرضاع)، أو الصب في حلقه (الوجور) أو عن طريف الأنف (السعوط). هذا عند جمهور الفقهاء، وخالف في ذلك الظاهرية، والجعفرية، والحنبلية في رواية عنهم، وذهبوا إلى أن الرضاع لا يحرم إلا إذا كان عن طريق الامتصاص من الثدي لا غير.

وأما اللبن الواصل إلى الجوف عن طريق الحقنة أو الدبر أو القبل، أو بواسطة التقطير في الأذن أو العين، فإنه لا يحرم، لأنه لا يسمى رضاعاً، ولا ينشذ العظم ولا ينبت اللحم، وهذا عند الجمهور، وذهب محمد بن الحسن إلى أن اللبن إذا وصل إلى الجوف بواسطة الحقنة في الدبر فإنه يحرم، وعلى ذلك المالكية أيضاً، بشرط أن يكون ذلك غذاء في الأصح، فإن لم يكن غذاء لم يحرم، وذهب الشافعية إلى أن الوصول إلى الجوف أو الدماغ محرِّم بشرط أن يكون الوصول إليهما من منفذ مفتوح غير الدبر والقبل في الأظهر، فلو وصل من العين لم يحرم، لأنه وصل من مسام وليس من منفذ مفتوح، وأما الجروح المفتوحة على الجوف أو الدماغ، كالآمة والجائفة، فإن وصول اللبن إلى الجوف أو الدماغ من طريقها محرم، وكذلك التقطير في الأذن إن علم الوصول منها إلى الجوف، فإنه محرم، فإذا لم يعلم لم يحرم.

هـ- **أن يكون خمس رضعات مشبعات**: نص على ذلك الشافعية، والحنبلية في الراجح من مذهبهم، والظاهرية، فما كان دون ذلك من الرضاع لم يكن محرماً عندهم. واشترطوا أيضاً أن يكون ذلك في خمسة أوقات منفصلة عرفاً، وذهب الحنيفة والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره في التحريم سواء، والمصة الواحدة تكفي لإثبات التحريم عندهم، وذهب الجعفرية إلى أن القدر المحرم ما أنبت اللحم وشدَّ العظم، أو إرضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة، بشرط أن لا يفصل بين الرضعات في الأحوال الثلاث بالرضاع من امرأة أخرى، وأن يكون اللبن لفحل واحد، وفي قول عندهم: يثبت التحريم بعشر رضعات متوالية، وهو غير المشهور في مذهبهم.

الأدلـة:

استدل الشافعية والحنبلية لمذهبهم بما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها: **(كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن عشر رضعات معلومات تحرمن ثم نسخن**

بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن)، أي يتلى حكمهن، أو يقرؤهن من لم يبلغه النسخ لقربه.

هذا وقد روي عن الشافعية القول بالاكتفاء بالرضعة الواحدة للتحريم، كما روي عنهم القول بأن ثلاث رضعات يحرمن، لما رواه مسلم **(لا تحرِّم الرضعة ولا الرضعتان)** فإن مفهومه التحريم بما زاد على الرضعتين، لكن القول الأول هو المذهب لدى الشافعية.

ولم يشترط الشافعية اتفاق صفات الرضعات، بل لو أوجر مرة، وسعط مرة، وارتضع مرة، وأكل مما صنع منه مرتين، يثبت التحريم، وهو مذهب الحنبلية كذلك.

وحد الرضعه عند الشافعية يعلم بالعرف، لأن اللغة والشرع لم يضبطا ذلك، فيرجع فيه إلى العرف، والعرف يقضي عندهم بأن الطفل إذا قطع الرضاعة بنفسه للتحول إلى الثدي الآخر أو اللهو وعاد في الحال، فإن ذلك يكون رضعة واحدة، فإذا قطع إعراضا ثم عاد، عد ذلك رضعه جديدة، وكذلك إذا قطعته المرضع لشغل لها، فإن عادت في الحال كان ذلك واحدة، وإن تأخرت تعدد في الأصح، وذهب الحنبلية إلى أن الرضاع يتعدد بمجرد القطع، لو كان بسبب من المرضعة لشغلها، وكذلك إذا كان بسبب من الرضيع نفسه للانتقال إلى ثدي آخر، خلافاً للشافعية.

واستدل الحنفية والمالكية لمذهبهم بإطلاق الآية الكريمة: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، فإن الرضاع جاء فيها مطلقاً من التقييد بكونه قليلاً أو كثيراً، والمطلق يبقى على إطلاق حتى يظهر دليل التقييد، ولم يثبت عندهم ما يقيد الإطلاق المذكور.

وقد صح من رواية البخاري أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أراضعتهما، فأمر الرسول ﷺ زوج المرأة أن يدعها، دون أن يسأل عن عدد الرضعات، ولو كان التحريم منوطاً بقدر معين وعدد معين لتحرى الرسول ﷺ عن ذلك قبل أن يأمر بالمتاركة، ولو تحرى لنقل إلينا لدواعي النقل، ولكنه لم ينقل، فبقي على إطلاقه.

وقد أجاب الحنفية والمالكية عن حديث: (**لا تحرم المصة ولا المصتان**) بأن نفي التحريم فيه واقع على المص نفسه، وليس على اللبن الداخل إلى جوف الطفل بسببه، وهو غير المدعى.

أما الجعفرية، فحد الرضعة عندهم ما يروى به الصبي، واستدلوا لمذهبهم بأن الأصل عدم التحريم، وما ذكروه مجمع عليه، وما قاله المخالف ليس عليه دليل ناهض، كما استدلوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الرضاعة من المجاعة**» رواه البخاري، يعني ما يسد الجوعة، ثم بقوله ﷺ : «**الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم**» رواه في المعجم الكبير، واستدلوا كذلك بقول السيدة عائشة رضي الله عنها : (**كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن، ثم نسخن بخمس معلومات**) رواه مسلم، فهو نص في التحريم بالعشر، وأما قولها: (**ثم نسخن بخمس معلومات**) فقولها هي، ولا خلاف في أنه لا يقبل قول الراوي أنه ينسخ كذا بكذا، إلا أن يبين ما نسخه، لينظر فيه هل هو ناسخ؟

طرق ثبوت الرضاع:

يثتبت الرضاع لدى الفقهاء بطريقين، هما: البينة، والإقرار، ولكل من هذين الطريقين شروط خاصة به، على الوجه الآتي:

آ - الإقرار:

الإقرار بالرضاع المحرِّم، إما أن يكون قبل العقد، أو بعده، وهو إما أن يكون من الزوج، أو من الزوجة، أو من أبويهما، أو من المرضع، أو من غير من ذكر.

فالإقرار إن كان قبل العقد، وكان من الزوج، بأن قال هذه أختي من الرضاع، أو بنتي، أو غير ذلك ممن يحرم عليه مناكحتها، لم يجز له الزواج منها مطلقا، فإذا عقد عليها كان العقد باطلاً، وذلك لأن الإقرار حجة على النفس، وهذا بإجماع، وكذلك الحكم لو كان الإقرار من قبل الزوجة للسبب نفسه، وهو قول جمهور الفقهاء، خلافاً للحنفية. ثم إن كانا صادقين في إقرارهما حرم عليهما الزواج ديانة وقضاء، وإن كانا كاذبين فيه حرم قضاء فقط.

وإن كان الإقرار من الأبوين، أو من المرضع، أو من غيرهم، فإنه يأخذ حكم الشهادة، وهو ما سوف يأتي قريباً، هذا إذا لم يطمئن قلب الزوجين إليه، فإن اطمأن إليه قلبهما أو قلب واحد منهما، حرم التزاوج بينهما ديانة لا قضاء، ما لم يظهر منهما ما يفيد الاطمئنان إليه، فإذا ظهر ذلك صريحاً، اعتبر إقراراً، وطبق عليه ما تقدم من الإقرار، وحرم النكاح ديانة وقضاء.

وذهب الحنفية إلى أن إقرار المرأة لا عبرة به، سواء كذّبت نفسها بعد ذلك أو لا، واستدلوا لقولهم هذا بأن الحرمة ليست لها، فلم يعتبر إقرارها بها.

هذا إذا بقي المقر مصراً على إقراراه، فإذا رجع عن إقراره بعدما أقر به وقال: وهمت، فقد اختلف الفقهاء في حكم الرجوع هذا.

فذهب الحنفية إلى أنه يصدق في الرجوع عن إقراره ما لم يؤكد إقراره بقوله: هو صحيح، أو هو حق، أو يُشْهِد عليه، أو يجدده بعد العقد، فإن أكده الرجل بما ذكر لم يصح رجوعه عنه، ولم يقبل منه ذلك، وإنما صح رجوعه قبل التأكيد

لأن الرضاع مما يثبت بالسماع، وذلك مما يشتبه على الكثيرين، فقد يكون المقر سمعه من إنسان ثم سمع من غيره ما يخالفه وأطمأن قلبه إلى كذب الأول، بخلاف الرجوع بعد التأكيد، لأن التأكيد يفيد القطع والاستقصاء.

وذهب الشافعية والحنبلية إلى عدم جواز الرجوع عن الإقرار مطلقاً، ذلك أن الإقرار تعلق به التحريم، فلا يرتفع بالرجوع عنه، لتعلق حق الغير به، كما في الإقرار بالمال، للقاعدة الفقهية الكلية: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

هذا كله إذا كان الإقرار قبل العقد، فإذا كان بعد العقد، فهل يفسخ العقد به؟

ذهب الشافعية والحنبلية إلى أن الرضاع إذا ثبت بالإقرار بعد العقد انفسخ العقد به تلقائياً، وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العقد بذلك يكون مستحقاً للفسخ إزالة للحرمة.

هذا إذا كان الإقرار من الزوج، فإذا كان من الزوجة، فإنه ينظر، فإن صدَّقها الزوج انفسخ النكاح، أو كان مستحقاً للفسخ - بحسب الخلاف المتقدم - وإن كذَّبها فالعقد صحيح، وذلك لاتهامها بالتخلص من الزوجية، وليس لها طريق إلا هذا، بخلاف الزوج، فإنه لا تهمة في جانبه، لتمكنه من التخلص منها بالطلاق، بخلافها، وذلك مذهب الجمهور.

وذهب الشافعية في رواية، إلى أنه لا يقبل قولها إذا كذبها الزوج وقد زوجت منه برضاها، فإن لم يكن برضاها صدقت بيمينها، ويعلِّلون ذلك بأن ما تدعيه محتمل إذ ذاك، ولم يسبق منها ما يناقضه، فأشبه ما لو ذكرته قبل النكاح، والرواية الثانية عند الشافعية أنه يصدَّق الزوج في إنكاره ما أقرت به الزوجة بيمينه، استدامة للنكاح الجاري على الصحة.

هذا ويشترط لصحة الإقرار لدى جميع الفقهاء، أن يكون الإقرار ممكناً، وذلك بأن لا يكذبه الظاهر، فلو قال: فلانة بنتي من الرضاعة وكانت أكبر منه، فإنه يعتبر إقراراً باطلاً لاستحالته.

هذا والإقرار لا يثبت لدى القاضي - إذا أنكره المقر- إلا بشهادة رجلين فقط عند الشافعية، وذهب الحنفية والحنبلية، إلى أنه يكفي في إثباته ما يكفي في إثبات سائر الأموال، من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أما المالكية، فقد ذهبوا إلى ثبوت الإقرار بكل ما يثبت به الرضاع، من شهادة رجلين، أو رجل وامرأة واحدة، أو امرأتين فقط.

ب- البيِّنة:

البينة المعتبرة في إثبات الحقوق في الشريعة الإسلامية عامة هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والبينة لدى الفقهاء حجة متعدية.

وقد اختلف الفقهاء في قبول الشاهد واليمين على مذاهب، كما أنهم اختلفوا في بعض الدعاوى الخاصة في قبول شهادة النساء وحدهن أو عدم قبولها فيها، وفصلوا لذلك تفصيلات كثيرة.

أما في استهلال الصبي، وثبوت البكارة، والحيض، وعيوب المرأة، وما إلى ذلك، فقد اختلفوا في حجية شهادة النساء وحدهن فيها، فمنهم من اكتفى بشهادة النساء وحدهن، لأن هذه الأمور مما لا يطلع عليه إلا النساء غالباً، فتعذر إثباتها بغيرهن، فجاز للضرورة، وذهب آخرون إلى اشتراط الرجال. أو اشتراك

الرجال مع النساء في هذه الأمور أيضاً، جرياً مع إطلاق الآية الكريمة السابقة، فهي لم تفرق بين دعوى ودعوى.

ثم إن الذين قالوا بصحة قول المرأة وشهادتها في هذه الأمور اختلفوا في عدد النساء المشترط لقبول الشهادة، فذهب جماعة إلى اشتراط أربع نسوة، وذهب آخرون إلى اشتراط امرأتين فقط، وذهب بعض آخر من الفقهاء إلى الاكتفاء بشهادة امرأة واحدة، ثم إن من الفقهاء من اشترط العدالة في هذه الحال، ومنهم من لم يشترطها.

والآن ونحن نبحث في الرضاع المحرم وطرق إثباته، علينا أن نحدد نوع البينة التي بها يثبت الرضاع المحرم، وشروطها.

والجواب أن الفقهاء اختلفوا في ذلك على أقوال:

فذهب الحنفية إلى اشتراط الشهادة الكاملة التي نصت عليها الآية الكريمة، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن الأصل في الشهادة أن تكون كذلك، ولا صارف عن الأصل هنا، فتبقى كذلك، سواء أكانت الشهادة قبل العقد، أو بعده، وسواء أكانت برضاع قديم، أو برضاع طارئ على العقد، وفي قول للحنفية، أنه إذا شهد به عدل واحد قبل العقد حرم النكاح، وإن بعده والزوجان كبيران فالأحوط التنزه عنه، ويعللون ذلك بأن الشك في الأول وقع في الجواز، وفي الثاني وقع في البطلان، والدفع أسهل من الرفع، لكن المذهب على القول الأول.

وذهب المالكية إلى أن الرضاع المحرِّم يثبت بشهادة رجلين عدلين ولو لم يفش ذلك منهما قبل العقد، فإن لم يكونا عدلين اشترطوا الفشو، والرجل مع المرأتين كالرجلين، ويثبت الرضاع كذلك بشهادة رجل وامرأة واحدة عندهم، وبشهادة امرأتين فقط إن فشا منهما ذلك في الصورتين الأخيرتين قبل العقد،

لا إن لم يفش ذلك منهن قبله.

وهنا هل تشترط العدالة في الشهود مع الفشو؟ في المذهب المالكي روايتان، والأظهر عدم اشتراط ذلك.

هذا إذا كانت البيِّنة بعد العقد، فإن كانت قبله، فإنه يقبل فيها قول أبوي الزوجين الصغيرين دون فشو أو عدالة، وكذلك والد أحدهما فقط دون والدته، بخلاف الزوجين الكبيرين، فإنه لا عبرة بقول أبويهما ما لم يبلغا حد الشهادة المعتبرة بشروطها عند المالكية، وإذا قال والد أحد الزوجين الصغيرين: رضع ابني مع فلانة، أو بنتي مع فلان، ثم رجع وأراد عقد النكاح بعد ذلك، لم يقبل منه الرجوع، فإن عقد بالفعل فسخ العقد، وذلك بخلاف قول أم أحدهما: أرضعته أو أرضعتها مع ابني مثلاً، واستمرت على إقرارها أو رجعت عنه. فإن التنزه عن العقد مستحب لا واجب، وليست الأم هنا كالأب ولو كانت وصية، هذا في قول، إلا أن المعتمد في المذهب المالكي أنه إن فشا منها ذلك قبل العقد وجب التنزه عنه، وقبل قولها فيه.

وأما الشافعية فقد اشترطوا في البينة أن تكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ويقبل فيها هنا شهادة أربع نسوة وحدهن، فأما ثبوتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين فجريا مع قواعد الإثبات العامة، وفقاً لإطلاق الآية الكريمة السابقة، وأما ثبوتها بأربع نسوة وحدهن، فذلك لأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال عادة، فاكتفى فيه بشهادة النساء وحدهن للضرورة، إلا أنه اشترط الأربع منهن لقيام كل امرأتين مقام رجل واحد في الشهادة، وهذا القول هو قول عطاء وقتادة أيضاً.

وهذا كله إذا كان الرضاع بالمص من الثدي، فإذا كان بالسعوط أو الوجور، لم يكتف فيه بالنساء وحدهن ولو كن مئة امرأة، لإمكان إطلاع الرجال عليه في

هذه الحال، فلا ضرورة للاكتفاء بهن، ولكن تقبل شهادتهن وحدهن أيضاً هنا في أن لبن الإناء الذي أوجر به الصبي هو لبن فلانة، لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالباً، وأما الشهادة على الإقرار بالرضاع فشرطها رجلان فقط عن الشافعية، لاطلاع الرجال عليه غالباً، ولا يقبل فيها غير ذلك . وقد تقدم في إثبات الرضاع بالإقرار . .

وذهب الحنبلية إلى أن الرضاع يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت مرضيَّة، وبهذا قال طاوس، والزهري، والأوزاعي، وابن أبي ذؤيب، وسعيد بن عبد العزيز، وعن أحمد بن حنبل رواية أخرى تفيد عدم قبول شهادة ما دون امرأتين، وهو قول الحكم، ذلك لأن الرجال أكمل من النساء في الشهادة، ولا يقبل في شهادتهم إلا اثنان، فالنساء كذلك قياسا عليهم. وهناك رواية ثالثة عن أحمد تفيد أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة مطلقاً، وتستحلف مع شهادتها، وهو قول ابن عباس وإسحاق.

ومما يستدل به لقول أحمد الأول من أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة إذا كانت مرضية، أن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال غالباً، فاكتفى بشهادة النساء وحدهن فيه للضرورة، ثم إن الضرورة تقضي بقبول شهادة المرأة الواحدة، لأن الرضاع يكون في انعزال عن الناس غالبا، فإن الكثيرات يأبين الإرضاع أمام غيرهن ولو من النساء، لكثرة حيائهن، مما قد يتعذر معه إشهاد أكثر من واحدة، فاكتفى بالواحدة لذلك ضرورة.

هذا في الشهادة على الإرضاع، أما الشهادة على الإقرار بالرضاع. فلا يكتفى فيها بغير رجلين، لأنه مما يطلع عليه الرجال عادة، فلم تقبل فيه شهادة النساء وحدهن لذلك، وقياسا على إثبات النكاح.

وهل تقبل شهادة المرضعة نفسها إذا توافرت لها شروط الشهادة الأخرى، بأن شهد معها رجال أو نساء يكمل بها معهم حد الشهادة؟

ذهب الشافعية إلى أنها تقبل شهادتها إذا لم تطلب أجرة على الرضاع، فإن طلبت أجرة عليه لم تقبل شهادتها للتهمة، وكذلك إذا ذكرت فعل نفسها فقالت: (أرضعتُها) فإنها لا تقبل في قول، كما لو شهدت بولادتها، والأصح قبولها، لأنها لا تجلب لها نفعا، وثبوت المحرميَّة وجواز الخلوة والمسافرة لا نظر لها، فلا ترد بمثلها الشهادة.

وذهب الحنفية إلى أن المرضعة كغيرها في ذلك، لا فارق بينها وبينه.

والحنبلية في هذا مذهبهم كمذهب الحنفية.

وأخيرا أيعتبر النكول حجة في إثبات الرضاع؟ بأن ادعت المرأة الرضاع المحرم بعد العقد فأنكره الزوج، فوجهت إليه اليمين فنكل عنها؟

ذهب الشافعية إلى القضاء بالنكول هنا، لأن النكول إقرار، والإقرار حجة يثبت بها الرضاع.

وذهب الحنفية إلى أنه إذا قامت بينة ناقصة على الرضاع والزوج منكر له، جاز للزوجة أن توجه اليمين إليه، فإن نكل قضي بفسخ النكاح بناء على نكوله، وهو واضح على مذهب الصاحبين اللذين يريان النكول إقرارا، وكذلك على مذهب الإمام الذي يراه بذلا، لأن ذلك يجري فيه البذل أيضا.

مسألة لبن الفحل:

التعريف بها:

إذا أرضعت المرأة طفلا رضاعا مستوفيا شروط التحريم به، فإنه يصبح ابنا لها من الرضاع، وهي أمُّه، وأولادها إخوته ما في ذلك اختلاف، ولكن هل

يصبح زوجها - إن كان لها زوج - أباه؟ أي هل لزوجها علاقة بلبنها، فيحرم عليه به ما يحرم عليها هي به؟ وهو ما يسمى بلبن الفحل.

تفصيل ذلك على الوجه الآتي:

اتفق جمهور الفقهاء على التحريم بلبن الفحل، ولكنهم اختلفوا في حده على أقوال:

فذهب الحنفية إلى أن لبن المرضع يكون للزوج كما يكون للزوجة. فتثبت حرمة الطفل الرضيع به من الزوج كما تثبت به من الزوجة على سواء، بشروط، هي:

آ - أن يكون الرجل قد دخل بالمرأة في عقد صحيح، أو فاسد، أو وطئها بشبهة. فأما الزاني، ففيه روايتان في المذهب، يميل المرجحون من أمثال الكمال بن الهمام إلى تصحيح عدم التحريم به على الزاني، فلو زنى رجل بامرأة، فحملت منه، ثم ولدت ودر لها لبن، فأرضعت به صبية، جاز للزاني نكاح الصبية الرضيعة، في تصحيح الكمال وغيره، لأنه لا حرمة لماء الزنا، ولم يجز في رواية ثانية عند الحنفية، لأن اللبن جاء بسببه.

ب - أن تكون المرضعة قد ولدت من الرجل فعلا، أما قبل الولادة فلا. فلو تزوج امرأة فحملت منه، ثم درَّ لها لبن قبل ولادتها، فأرضعت منه صبية، كانت ابنة لها بذلك فقط، ولم تجعل بنتا لزوجها بسبب هذا الرضاع. فلو ولدت ثم أرضعت صبية بلبنها، كانت الرضيعة ابنة لها ولزوجها معا، لأن اللبن أصبح له حق فيه بعد الولادة.

ج - أن لا ينقطع لبنها منه مدة ثم يرتد إليها، وأن لا تلد من غيره، فإن انقطع لبنها ثم رجع إليها بعد مدة فأرضعت منه صبية، كانت الرضيعة ابنة لها فقط، ولا صلة لزوجها بها.

ثم لو طلق الزوج زوجته، أو تاركها الواطئ بشبهة أو بعقد فاسد بعد الدخول بها، وهي لبون. فتزوجها آخر وحملت منه، فإن اللبن للأول ما لم تلد من الثاني، فان ولدت كان اللبن للثاني وانقطع عن الأول، فلو أرضعت المرأة هذه صبيا قبل ولادتها من الثاني كان ابنا لها وللزوج الأول، ولو أرضعته بعد ولادتها من الثاني. كان الرضيع ابنا لها وللزوج الثاني دون الأول.

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط الثلاثة، لم تثبت حرمة الرضيع من الزوج أو الواطئ، ولكن من المرضعة فقط.

وذهب المالكية إلى أن الحرمة لا تثبت بين الرضيع والزوج أو الواطئ إلا بشروط، هي:

آ - أن يكون الزوج قد دخل بها فعلا وأنزل، فلا يكفي مجرد العقد عليها، وكذلك لو وطئها من غير إنزال، فإنه لا يثبت التحريم به، فإذا أرضعت الزوجة طفلة قبل العقد عليها، أو بعد العقد وقبل الوطء، أو بعد الوطء وقبل الإنزال لم تصبح ابنة للزوج، فإذا أرضعتها بعد الإنزال، أصبحت ابنته.

هذا والعبرة في التحريم إلى الوطء نفسه مع الإنزال، فلا يضر عدم الحمل به.

ب - أن لا ينقطع لبنها، فلو در لها لبن بعد الإنزال وبقي سنين، ثم طلقها الزوج واللبن موجود، فأرضعت به صبيا كان الرضيع ابنا لها وللزوج، لديمومة لبنه، فإن انقطع لبنها مدة ثم رجع إليها فأرضعت به صبيا، كان الرضيع ابنا لها وحدها، ولو طلقها وهي لبون فتزوجت آخر ووطئها وأنزل واللبن مستمر من الأول ثم أرضعت صبيا، كان الرضيع ابنا لها ولزوجيها الأول والثاني معا، لاشتراكهما في اللبن، الأول بالاستمرار، والثاني بالوطء

مع الإنزال، وهكذا لو تزوجت ثالثاً ورابعا ولبنها مستمر، فإن الحرمة تثبت لرضيعها من أزواجها جميعاً، فإذا انقطع اللبن ثم عاد، لم يعد الرضيع ابنا إلا لزوجها الذي ثاب لبنها منه بعد انقطاعه.

والوطء الحرام كالحلال عند المالكية في حق التحريم بالرضاع، فلو زنى رجل بامرأة وأنزل، فدر لها لبن، أو كان بها لبن سابق فأرضعت به صبية، فإن الصبية الرضيعة تعتبر ابنة لها وللزاني بها، وهذا هو الراجح في المذهب، وهنالك قول آخر مفاده أن كل وطء لا يلحق به الولد لا يحرم بلبنه على الفحل، والقول الأول هو المعتمد. كما تقدم..

وأما الشافعية فقد اشترطوا ليكون اللبن للفحل شروطا هي:

آ - أن يدخل الزوج بزوجته في نكاح صحيح أو فاسد، أو أن يطأها بشبهة، أو بملك يمين. فإن وطئها بزنا ودر لها لبن، لم يصر له، بحيث لو أرضعت به صبيه لم تكن ابنته، إلا أن تزوجه بها مكروه، وذلك لأن ماء الزنا هدر عندهم، فإنه يصح للزاني التزوج بابنته من الزنا عندهم، فكذلك بابنته من الرضاع من حليب الزنا، وكذلك الولد المنفي باللعان، فإنه ينتفي معه اللبن عن الزواج أيضاً. لأن الرضاع عند الشافعية يثبت فيما يثبت فيه النسب، لأنه تبع له، لقول النبي ﷺ: «**يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب**» رواه البخاري.

ب - أن تحمل المرضع من الفحل فعلا، فإن لم تحمل منه، فاللبن لها وحدها، وهذا هو الأصح من قولين للشافعي، والقول الثاني إن مجرد الوطء كاف لإثبات اللبن للواطئ.

ج - أن لا تتزوج المرضعة من آخر، أو يطأها الآخر بشبهة وتلد منه، أو تلد من زنا، وذلك أن اللبن يستمر للفحل الأول سواء انقطع وعاد، أو دام مستمراً ولم ينقطع إلى أن تتزوج بآخر، أو يطأها بشبهة وتلد منه، فإن تزوجت من آخر أو وطئها بشبهة فحملت ولم تلد، فاللبن للأول أيضاً، فإذا ولدت انقطع اللبن عن الأول وثبت للثاني.

فإذا زنى بها آخر وحملت منه، فلبنها لزوجها وواطئها الأول، فإن وضعت حملها كان اللبن للزنا، ولا أب للرضيع، لأن الأول انقطع لبنها منه بالولادة من غيره، والثاني لا يحرم الصبي عليه، لأن الزنا غير محترم، فلا يستحق اللبن به.

هذا ولو نزل لبن لبكر فتزوجت وحملت من الزواج، فاللبن لها وحدها ما لم تلد، فإذا ولدت فاللبن لها ولزوجها، ومثل البكر هنا الثيب اللبون.

واشترط الحنبلية لثبوت الحرمة من الفحل بالرضاع شروطاً، هي :

آ - أن يكون اللبن من حمل منتسب إلى الفحل، بأن يكون وطئها في نكاح صحيح أو فاسد، أو وطئها بشبهة، أو بملك يمين، فأما لبن الزاني أو النافي للولد باللعان، فلا ينشر الحرمة بين الرضيع والواطئ، لأن التحريم بالرضاع فرع لحرمة الأبوة، فما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع عنها.

وفي قول آخر للحنبلية أن لبن الزاني يحرم كلبن النكاح الصحيح، وحيثما ثبت نسب الولد ثبتت الحرمة بالرضاع من لبنه، فلو وطئ رجلان امرأة بشبهة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا آخر معه، صار الرضيع الآخر ابنا لمن ثبت نسب الولد الأول منه، سواء أثبت نسبه بالقافة أو بغيرها، فإن ألحقته القافة بالواطئين معا، صار الرضيع الثاني ابنا لهما.

ب - أن تلد المرضع من الزوج، فإن حملت منه ولم تلد، لم يكن له حق في اللبن، فإن ولدت ثبت حقه وحرم عليه به.

ج - أن لا تتزوج بآخر بعد طلاقها منه، أو توطأ بشبهة، أو بنكاح فاسد، فإن طلقها ثم تزوجت بغيره، أو وطئت بشبهة ففي المسألة خمس أحوال:

١- أن يبقى لبن الأول على حاله دون زيادة أو نقصان ولم تلد من الثاني، فهو للأول، سواء أحملت من الثاني أو لم تحمل منه بغير خلاف، إذ أن اللبن للأول بالاستصحاب، ولم يجد ما يجعله للثاني .

٢- أن لا تحمل من الثاني، فهو للأول، سواء زاد اللبن أو لم يزد، أو انقطع ثم عاد، أو لم ينقطع.

٣- أن تلد من الثاني، فاللبن للثاني خاصة، سواء انقطع ثم عاد، أو لم ينقطع.

٤- أن يكون لبن الأول باقياً وقد زاد بالحمل من الثاني، فاللبن منهما جميعاً، لتنازعهما فيه بلا ترجيح، فهو للأول بالاستمرار، وللثاني بالزيادة.

٥- أن ينقطع اللبن من الأول ثم يثوب منها بالحمل من الثاني، وهنا للحنبلية قولان:

القول الأول: أن اللبن للزوجين، لأنها لم تلد من الثاني، فلم يتمحض اللبن له.

القول الثاني: أن اللبن للثاني، فقط لانقطاع لبن الأول.

الحضانة

تعريف الحضانة:

الحِضن بالكسر في اللغة الجنب، وهو مادون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، وهو الأشهر، والجمع أحضان، وهو من الباب الأول باب نصر، ويتعدى إلى مفعول، وبالهمزة يتعدى إلى مفعولين، يقال أحضنت الدجاجة البيض، إذا جعلتها تحضن البيض، والمصدر منه الحَضن، يقال: حضن الطائر بيضه حضناً وحضاناً، إذا ضمه إلى نفسه، واحتضن الرجل الطفل إذا جعله في حضنه، ومنه الحديث الشريف أنه ﷺ «**خرج محتضنا أحد ابني ابنته**» رواه أحمد، والمحتَضَن: الحضن، والاسم: حضانة، بكسر أوله، كذا في القاموس، وجاء في اللسان والمصباح جواز الفتح كذلك، والمحِضن: اسم مكان منه، والمحضنة: المعمول للحمامة كالقصعة، واسم الفاعل منه: حاضن للرجل، وحاضنة للأنثى، لأنه مشترك بينهما، بخلاف الحمامة، فهي حاضنة فقط، لعدم الاشتراك، والجمع: حُضّان، هذا ويطلق الحِضن في اللغة على معان عدة أخرى لملازمتها للمعنيين الأولين، من ذلك:

١- حِضن الضبع: مكان صيدها.

٢- حِضنا المفازة: شقاها، وحضنا الفلاة: ناحيتاها، وحضنا الليل: جانباه.

٣- وحِضن الجبل: ما يطيف به.

٤- وحَضَن الصبيَّ يحضنه حَضناً: إذا رباه.

٥- ونخلة حاضنة: إذا خرجت كبائسها، وفارقت كوافيرها، وقصرت عراجينها.

وعرف الحصكفي الحنفي الحضانة بأنها: تربية الولد، وزاد ابن عابدين في حاشيته على ذلك قوله: هذا على إطلاقه معناه اللغوي، أما الشرعي فهو تربية الولد لمن له حق الحضانة، كما أفاده القهستاني[1].

وزاد الخطيب الشربيني الشافعي على التربية الحفظ، كما عممها على كل من لا يستقل بنفسه، فقال: الحضانة حضن من لا يستقل وتربيته[2]، فكان لذلك أشمل من التعريف الأول.

وتبع الشربيني في ذلك الإمام الدردير المالكي، فقال: الحضانة: حفظ الولد والقيام بمصالحه[3].

إلا أن التعريف الأول -تعريف الشربيني- أوضح وأعم.

نستخلص من ذلك أن الحضانة في الفقه هي: حفظ من لا يستقل بنفسه مما يؤذي، والعناية بتربيته جسدياً بالطعام والشراب والنظافة..... وسلوكياً بتعويده ممارسة العادات والأخلاق..... وذلك ممن له حق حضانته.

فيخرج بذلك حفظ الكبير المستغني بنفسه، فإنه ليس من الحضانة شرعاً، وكذلك حفظ الصغير من غير من له حق حضانته، فإنه ليس حضانة في الشرع، كما يخرج بذلك خدمة المحضون، فإنها غير حضانته، لأن الحضانة حفظ ونظر في المصالح، وهما غير الخدمة، ثم إن الخدمة داخلة في النفقة، والنفقة غير الحضانة، وقد صرح بذلك الرملي، فقال: فإن احتاج الولد الذكر والأنثى لخدمة، فعلى الوالد إخدامه بلائق به عرفاً، ولا يلزم الأم خدمته كما يأتي، وإن وجبت

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار ٣/٥٥٥ .

(٢) انظر مغني المحتاج ٣/٤٥٢ .

(٣) انظر الشرح الكبير في هامش الدسوقي علي ٢/٥٢٦

لها أجرة الحضانة، لما تقرر أنها: الحفظ والنظر في المصالح، وهذا غير مباشرة الخدمة[1].

ويستعمل بعض العلماء مصطلح الحضانة في معان أخرى غير معناها الفقهي أو اللغوي، وذلك لوجود ملازمة بين معنياها اللغوي والفقهي وتلك المعاني، من ذلك:

١- يطلق الأطباء الحضانة على كمون المرض في جسم المريض مدة من الزمن قبل ظهور الأعراض عليه، فيقولون: المرض الفلاني حضانته خمسة أيام، والمرض الفلاني حضانته سبعة أيام .... يريدون بذلك المدة الزمنية التي يبقى فيها الجرثوم الممرض في جسم المريض كامناً قبل أن تظهر أعراض المرض على المريض.

كما يسمي الأطباء السرير الخاص الذي يوضع عليه الطفل غير مكتمل الولادة في الساعات الأولى من ولادته "حَضَّانة".

٢- ويطلق علماء التربية على المدارس التي يربي فيها الطفل في سنيه الأولى "دور حضانة" وربما كان ذلك قبل اكتمال الطفل السادسة من العمر خاصة.

من تثبت عليه الحضانة، وحكمها والحقوق المتعلقة بها:

تثبت الحضانة لدى جمهور الفقهاء على كل من يعجز عن إدارة أموره الشخصية بنفسه، كالطعام، واللباس، والنظافة..... وهم الصغير، والمجنون، والمعتوه، وربما خص بعض الفقهاء الحضانة بالصغار خاصة، كما تبين ذلك من تعريف الحنفية للحضانة، إلا أن الشافعية والمالكية والحنبلية نصوا على عمومها الصغير، والمجنون والمعتوه[2].

---

(١)انظر نهاية المحتاج ٢٢٥/٧، وابن عابدين ٥٦١/٣ – ٥٦٢.

(٢) انظر ابن جزي ص٢٤٩، ومغني المحتاج ٤٥٢/٣، والمغني ٢١٤/٨ .

والحضانة لدى جمهور الفقهاء حق للمحضون وواجب عليه، وحق للحاضن وواجب عليه، كما هي حق للولي وواجب عليه، والولي هنا ولي النفس، وخالف المالكية في ذلك، فقد روي عنهم قولان:

١- قول بأنها حق للمحضون، وهو ضعيف.

٢- وقول آخر بأنها حق للحاضن، وهو المشهور.

ولهذا فإنها تسقط بإسقاط الحاضن لها ولا تعود إليه بعد ذلك عندهم كما يأتي[1].

وقد اعتمد الجمهور في ذلك على أنها شرعت لحفظ نفس المحضون وحسن تربيته وتنشئته مع عجزه عن القيام بذلك لنفسه، وذلك لا يأتي إلا بِعَدِّ الحضانة كذلك.

فكون الحضانة حقاً للمحضون ينتج عنه وجوبها على الحاضن توفيراً لهذا الحق، إلا أن ذلك الوجوب منحصر في حال تعينها له، بأن لم يوجد حاضن غيره، أو كان وسقطت حضانته لنقصان شرط أو قيام مانع به، أو وجد وامتنع عنها، فإن كان للمحضون حاضنة قربى، وحاضنة بعدى صالحة للحضانة، فامتنعت القربى عن الحضانة وقبلتها البعدى، لم تجبر القربى عليها لسقوطها عنها بالبعدى، ذلك أن حق المحضون تأمن بها، فإن اعتذرت البعدى عنها، لم تجبر البعدى عليها، ولكن تتعين على القربى، وتلزم بها قضاء، حماية لحق الصغير، وكذلك إذا كانت البعدى لا تصلح للحضانة.

وأما كونها واجباً على المحضون، فلبيان مكان حق الحاضنة في إشباع غريزتها في الحنو على الطفل وحسن رعايته، ولهذا لم ينزع من الحاضنة

---

(١) انظر ابن جزي ص ٢٤٩ .

القربى إلا بسقوط حضانتها أو بتنازلها عنها، توفيراً لهذا الحق، ثم إن حفظ نفس المحضون وحسن تربيته لا يتأتى إلا بأن يكون عند أقرب الناس إليه وأحناهم عليه، وهن الحضّان، الأقرب منهن فالأقرب.

وأما حق الولي، فإنه فرع عن حق المحضون، وعلى ذلك فليس للولي أخذ الولد من حاضنته في مدة الحضانة، كما ليس للحاضن السفر بالمحضون من بلد وليه إلى بلد آخر بعيد توفيراً لحقه[1].

هذا وحق المحضون فيه حق الله تعالى، ولهذا لا يسقط بإسقاط أحد أنا كان.

وقد قرر جمهور الفقهاء أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها في الحضانة لقاء بدل، أو بدون بدل، ثم عادت فطلبت الحضانة، أجيبت إليها، رعاية لحق الله تعالى فيها، وهو حق لا يقبل الإسقاط من أحد، وكذلك إذا خالعت الحاضنة الأم الزوج على تنازلها عن حضانة أطفالها، فإن المخالعة تصح ويلغو التنازل عن الحضانة، فيكون للأم العود إلى المطالبة بها بعد ذلك، لعدم سقوطها بذلك، لما تقدم.

من تثبت له الحضانة:

الحاضن في اصطلاح الفقهاء: هو الإنسان الذي يقوم على المحضون في حفظه وتربيته وتولي سائر أموره الشخصية، فإذا كان رجلاً فهو حاضن، وإذا كان امرأة فهي حاضنة[2].

ترتيب الحضّان:

اتفق الفقهاء على أن أحق الناس بحضانة الإنسان أمه، وذلك لمزيد شفقة وحنان خلقهما الله فيها، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة، منها: ما رواه عبدالله بن

---

(١) انظر ابن عابدين ٣/٥٥٩، والمغني ٨/٢١٢ .

(٢) انظر جامع الأصول ٣/٦١٢ .

عمرو بن العاص ﷺ أن امرأة قالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**» رواه أبو داود.

فإذا لم يكن للمحضون أم، أو كان له أم وسقطت حضانتها لقيام مانع أو اختلال شرط، أو أنها رفضت الحضانة ولم تتعين عليها، فقد اختلف الفقهاء فيمن له حق الحضانة بعد الأم، على أقوال متعددة، وإذا تجاوزنا الخلافات المرجوحة وأخذنا بالقول الراجح في كل مذهب، استطعنا أن نجزم باتفاق الفقهاء على أن حق الحضانة بعد الأم يكون لأم الأم، لأن الأم أحق الناس بالحضانة، وهذه أقرب الناس إلى الأم فتكون الحضانة لها بعدها بدلاً عنها، فإذا لم يكن للمحضون أم أم، أو أنها اعتذرت عنها، أو سقطت حضانتها لمانع، فالحضانة للجدات لأم وإن علون، الأقرب فالأقرب، وقد اختلف الفقهاء هنا فيما إذا كان للمحضون جدة لأم من أمها (وهن الجدات الصحيحات)، وجدات لأم من أبيها (وهن الجدات غير الصحيحات).

فذهب المالكية إلى أنهن إن استوين في الدرجة، قدمت الصحيحة على غير الصحيحة، وإن اختلفن في الدرجة، قدمت القربى على البعدى مطلقاً.

وذهب الحنفية إلى أن الجدة لأم التي تلي الأم في الحضانة هي الجدة الصحيحة فقط، وتقدم القربى على البعدى، أما الجدات لأم غير الصحيحات، فحقهن في الحضانة يأتي بعد الخالات.

وذهب الشافعية والحنبلية إلى سقوط حضانة الجدات لأم غير الصحيحات مطلقاً، وذلك لأنهن يدلين بالجد الرحمي، وهو لا حضانة له، فكذلك هن[١].

فإذا لم يكن للمحضون جدات لأم، أو كان وسقطن لقيام مانع، أو اعتذرن

---

(١) انظر الدرر المختار وابن عابدين عليه ٥٦٣/٣، والدسوقي ٥٢٩/٢، والمغني ٢٢١/٨، ومغني المحتاج ٤٥٤/٣ .

عنها، فقد اختلف الفقهاء فيمن يليهن على أقوال:

آ- فذهب الحنفية إلى ترتيب الحاضنات بعد الجدات لأم على الوجه الآتي:

١- الجدة لأب، وإن علت، تقدم القربى على البعدى.

٢- الأخت الشقيقة، وهي الأخت لأب وأم.

٣- الأخت لأم.

٤- الأخت لأب .

٥- بنت الأخت الشقيقة.

٦- بنت الأخت لأم.

٧- الخالة الشقيقة، وهي أخت الأم لأمها وأبيها.

٨- الخالة لأم، وهي أخت الأم لأمها فقط.

٩- الخالة لأب، وهي أخت الأم لأبيها فقط.

١٠- بنت الأخت لأب.

١١- بنت الأخ الشقيق.

١٢- بنت الأخ لأم.

١٣- بنت الأخ لأب.

١٤- العمة الشقيقة، وهي أخت الأب لأبيه وأمه.

١٥- العمة لأم، وهي أخت الأب لأمه فقط.

١٦- العمة لأب، وهي أخت الأب لأبيه فقط.

١٧- خالة الأم، الشقيقة، وهي أخت الجدة لأم لأبيها وأمها.

١٨- خالة الأم لأم، وهي أخت الجدة لأم لأمها فقط.

١٩- خالة الأم لأب، وهي أخت الجدة لأم لأبيها فقط.

٢٠- خالة الأب الشقيقة، وهي أخت الجدة لأب لأبيها وأمها.

٢١- خالة الأب لأم، وهي أخت الجدة لأب لأمها فقط.

٢٢- خالة الأم لأم، وهي أخت الجدة لأب لأبيها فقط.

٢٣- عمة الأم الشقيقة، وهي أخت الجد لأم لأمه وأبيه.

٢٤- عمة الأم لأم، وهي أخت الجد لأم لأمه فقط.

٢٥- عمة الأم لأب، وهي أخت الجد لأم لأبيه فقط.

٢٦- عمة الأب الشقيقة، وهي أخت الجد لأب لأمه وأبيه.

٢٧- عمة الأب لأم، وهي أخت الجد لأب لأمه فقط.

٢٨- عمة الأب لأب، وهي أخت الجد لأب لأمه فقط.

٢٩- العصبات بالنفس من الرجال بحسب ترتيبهم في الإرث، وهم كل ذكر ليس في نسبه إلى المحضون أنثى، يقدم فيهم الأصول أولاً، ثم فروع الأب، ثم فروع الجد العصبي.

٣٠- ذوو الأرحام من الرجال، يقدم فيهم الإخوة لأم، ثم أبناؤهم، ثم الأعمام لأم، وهم: إخوة الأب لأمه، ثم أبناؤهم، ثم الأخوال......

فإذا تساوى مستحقان للحضانة في كل ما تقدم، قدم الأصلح، ثم الأورع، ثم الأكبر سناً، مع ملاحظة أن لا حضانة لعاصب أو غيره إذا كان ذكرا غير محرم، وذلك في حق المحضونين من الإناث إذا بلغن حد الشهوة[1].

ب- وذهب المالكية إلى أن حق الحضانة بعد الجدات لأم كما يلي:

١- الخالة الشقيقة.

٢- الخالة لأم.

٣- الخالة لأب.

٤- خالة الأم الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب.

---

(١) انظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ٥٦٣/٣ .

٥- عمة الأم الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب.

٦- الجدة لأب.

٧- جدة الأب لأمه أو لأبيه، بشرط تقديم التي من جهة أم الأب على التي من جهة أم أب الأب إن استوتا في الدرجة، وإلا قدمت القربى على البعدى مطلقاً.

٨- الأب.

٩- الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب.

١٠- العمة الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب.

١١- عمة الأب الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب.

١٢- خالة الأب الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب.

١٣- بنت الأخ الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب، وبنت الأخت كذلك.

وقد جرى الاختلاف في تقديم بنت الأخ على بنت الأخت على قولين، والأظهر عند ابن رشد تقديم الأكفأ منهما مطلقاً، ونقل المواق تقديم بنت الأخ على بنت الأخت، واختاره الرجراجي.

١٤- الوصي سواء كان وصياً مختاراً أو وصي القاضي، ذكراً كان أو أنثى.

١٥- الأخ الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب.

١٦- الجد العصبي، وهو أب الأب وإن علا، يقدم الأقرب على الأبعد.

١٧- ابن الأخ الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب.

١٨- العم الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب.

١٩- ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأم، ثم الذي لأب.

٢٠- المولى الأعلى (وهو المعتِق)، ثم المولى الأدنى (وهو العتيق).

أما الجد لأم، فقد ذكر في المذهب المالكي أن له الحضانة، وأنه بعد الجد لأب، واختاره اللخمي، واختار ابن رشد أن لا حضانة للجد لأم أصلاً.

فإذا تساوى حاضنان من الذكور، أو حاضنتان من الإناث، في الدرجة في كل ما تقدم، قدم الأكثر شفقة وصيانة للمحضون، ثم الأكبر سناً، فإن استويا في ذلك أيضاً أقرع بينهما[1].

ج- وذهب الشافعية إلى ترتيب الحاضنات من النساء إذا انفردن على الشكل التالي:

١- الأم.

٢- البنت.

٣- الجدة أم الأم، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٤- الجدة أم الأب، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٥- الجدة أم أب الأب، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٦- الجدة أم الجد العصبي، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٧- الأخت الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

٨- الخالة الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

٩- بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

١٠- بنت الأخ الشقيق، ثم الذي لأب، ثم الذي لأم.

---

(١) انظر الدسوقي ٢/٥٢٧ – ٥٢٨ .

١١- العمة الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

وقد اختلف في حضانة الإناث غير المحارم، كبنت الخالة، وبنت العمة، وبنت العم..... على قولين.

وأما حضانة الذكور، فقد أثبتها الشافعية لكل قريب وارث محرم بالاتفاق، فإذا كان قريباً غير محرم ولكنه وارث، كابن العم، فالصحيح ثبوت الحضانة له أيضاً، إلا أن المحضونة إذا كانت أنثى مشتهاة لا تسلم إليه، ولكن إلى أنثى مأمونة يعينها هو.

أما الأقارب المحارم غير الوارثين، كالجد لأم، والأقرباء غير المحارم وغير الوارثين، كابن الخال، فقولان في استحقاقهم الحضانة، أصحهما أن لا حضانة لهم.

ويكون ترتيب الحضّان من الرجال إذا انفردوا على وفق ترتيبهم في الإرث، وهو ترتيب ولاية النكاح.

فإذا اجتمع للمحضون حضّان من الذكور والإناث، قدمت الأم، ثم البنت، ثم أمهات الأم، ثم الأب، وقيل تقدم على الأب الخالة والأخت لأم.

كما يقدم الأصل على الحاشية مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى.

فإن فقد الأصل، قدم الحواشي الأقرب فالأقرب على ترتيب الإرث، ذكراً كان أو أنثى، وهذا هو القول الأصح، وفي قول آخر: يقدم النساء هنا مطلقاً على الرجال.

فإن استوى حاضنان أو أكثر في كل ذلك، قدمت الأنثى على الذكر [١].

---

(١) انظر مغني المحتاج ٣/٢٥٤ – ٤٥٤ .

د- وذهب الحنبلية في القول الأرجح، إلى أن حق الحضانة بعد الجدات لأم، كما يلي:

١- الأب.

٢- أم الأب، وأم أمها، وإن علت، دون أمهات أب الأب.

٣- الجد لأب.

٤- أم الجد لأب، وأم أمها وإن علت، ثم أمهات جد الأب، ثم أمهات جد الجد وإن علا.

٥- الأخت الشقيقة.

٦- الأخت لأب.

٧- الأخت لأم.

٨- الأخ الشقيق.

٩- الأخ لأب.

١٠- ابن الأخ الشقيق وإن نزل.

١١- ابن الأخ لأب وإن نزل.

١٢- الخالة الشقيقة.

١٣- الخالة لأب.

١٤- الخالة لأم.

١٥- العمة الشقيقة.

١٦- العمة لأب.

١٧- العمة لأم.

١٨- العم الشقيق.

١٩- العم لأب.

٢٠- ابن العم الشقيق وإن نزل.

٢١- ابن العم لأب وإن نزل.

٢٢- خالة الأب، وعلى قول الخرقي، وخالات الأم بدلاً منهن على قول آخر، يقدم في ذلك الشقيقات، ثم اللواتي لأب، ثم اللواتي لأم.

٢٣- عمات الأب، الشقيقات ثم اللواتي لأب، ثم اللواتي لأم.

فإذا اجتمع حاضنان أو أكثر في درجة واحدة بحسب ماتقدم، أقرع بينهم[١].

من استعراض ما تقدم نلاحظ أن لكل من الفقهاء اتجاهه في تقديم الحضَّان بعد الأم والجدة لأم، وذلك اجتهاداً منهم في توفير الأصلح للمحضون.

فمنهم من قدم الإناث مطلقاً على الذكور وإن بعدن، وهم الحنفية، حيث قدموا أبعد الإناث على الأب.

ومنهم من قدم الإناث على الذكور عند التساوي في القرب فقط، إذا كان الحضّان من الحواشي، فإن اختلفت درجتهم قدموا الأقرب مطلقاً، وإن كان ذكراً، وهم الشافعية.

ومنهم من قدم القريبات من النساء من قريبات الأم إلى درجة معينة ثم نقل الحضانة إلى الأب ثم إلى قريبات الأب من النساء، وهم المالكية والحنبلية.

ثم إن من الفقهاء من قدم من النساء قريبات الأم مطلقاً على قريبات الأب عند تساوي الدرجة، فقدم الأخت لأم على الأخت لأب، والعمة لأم على العمة لأب.... بل قدم الخالة مطلقاً على العمة مطلقاً.... وهم الحنفية والمالكية.

ومنهم من قدم قريبات الأب على قريبات الأم، فقدم الأخت لأب على الأخت لأم.... وألغى حضانة الجد لأم، وحضانة الأخ لأم.... مطلقاً، وهم الشافعية والحنبلية.

---

(١) المغني ٨/٢٢٠ – ٢٢٤ .

شروط الحضّان:

تقدم أن الحضانة نوع حفظ ورعاية وتربية، وهذا لا يتأتي من الحاضنة إلا إذا كانت مستجمعة لشروط خاصة تمكنها من ذلك.

وقد ذكر الفقهاء هذه الشروط، فاتفقوا في أكثرها واختلفوا في بعضها، وهذه الشروط عامة في الحضّان جميعاً، ذكرهم وأنثاهم فيها سواء، إلا شروطاً قليلة تخص النساء وحدهن، وشروطاً خاصة بالرجال وحدهم.

وإنني سوف أبين هذه الشروط مشيراً إلى اختلاف الفقهاء فيها، كما سوف أشير إلى ما هو خاص منها بالنساء دون الرجال، أو بالرجال دون النساء، كلما وجد فارق بينهما، فإن أغفلت التفريق في ذلك، فالشرط عام لهم جميعاً.

وذلك على الشكل التالي:

١- **العقل:** اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في الحضّان، وأسقطوا حضانة المجنون، سواء كان جنونه مطبقاً أو متقطعاً، كما أسقطوا حضانة المعتوه، وذلك لما فيهما من خطر على مصالح المحضون، بالإضافة إلى عجزهما عن القيام بإدارة أموره.

٢- **البلوغ:** كما اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ في الحضّان، لأن الحضانة نوع ولاية، ولا ولاية للقاصر على نفسه، فأولى أن لا يكون ولياً على غيره، وسواء في ذلك المميز وغير المميز، لعجزهما عن القيام بأمور نفسهما، فضلاً عن القيام بأمور المحضون.

٣- **العدالة:** وهي ملازمة التقوى والبعد عن المعاصي والدناءات، فلا حضانة لفاسق، لما فيه من خطر على أخلاق وسلوك المحضون، هذا إذا وصل الفسق إلى حد ينذر بالخطر على أخلاق المحضون وسلوكه، وإلا لم يعتدّ به، ولم تسقط به الحضانة.

٤- **الحريَّة:** وذلك لدى الجمهور، لأن الرقيق مشتغل بشؤون السيد عن الحضانة، مما يظن معه ضياع مصالح المحضون، واستثنى الحنفية والمالكية من ذلك أن تكون الرقيقة وابنها في ملك رجل واحد، فإن لها الحضانة على ابنها في هذه الحال عندهم، لعدم المانع.

٥- **الإسلام:** وذلك إذا كان المحضون مسلماً، وقد ذهب إلى ذلك الشافعية والحنبلية، فلا حضانة عندهم لغير المسلم مطلقاً، لأن الحضانة نوع ولاية كما تقدم، وهي باطلة من غير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١].

وذهب الحنفية والمالكية إلى عدم اشتراط الإسلام هنا، وعلى ذلك فلا تسقط عندهم حضانة غير المسلمة على المسلم سواء كانت كتابية أو غير كتابية، كالمجوسية والملحدة، واستدلوا على ذلك بما روى عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده: (**أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ الحلم، فأجلس النبي ﷺ الأب هىنا، والأم هىنا، ثم خيَّره، فقال: اللهم أهده فذهب إلى أبيه**) رواه النسائي. ولأن مبني الحضانة على الشفقة.

إلا أن الحنفية اشترطوا لاستحقاق الكافرة حضانة المسلم أن لا يعقل الأديان لصغره، فإذا وصل حدا يعقل فيه الأديان، سقطت حضانتها له، خشية فساد دينه، وحد ذلك متروك للقاضي.

كما أن المالكية نصوا على ضم ذات الحاضنة غير المسلمة . إذا كان المحضون مسلماً . إلى المسلمين، ليكونوا رقباء عليها، ولا ينزع منها، وذلك إن خيف على المحضون من ذلك، وإلا لم تضم.

٦- **القدرة على القيام بأعباء الحضانة:** فإذا كانت الحاضنة عاجزة عن ذلك لكبر سن، أو مرض يعوقها... سقطت حضانتها بالاتفاق، هذا إذا لم يكن لدى

الحاضنة من يعنى بالمحضون من النساء معها، سواء أكانت ذكراً أو أنثى، فإن وجد لديها أو لدى الحاضن الذكر امرأة تصلح للعناية بالطفل، كالزوجة، والبنت البالغة، والخادمة، والمتبرِّعة، لم تسقط الحضانة بالاتفاق، لتوفر مصلحة المحضون بذلك.

وهل تسقط حضانة الحاضنة الأنثى بخروجها وغيابها عن البيت لعمل أو غيره؟ الجمهور على سقوط حضانتها بذلك إذا استغرق خروجها أكثر ساعات النهار وإن كان لديها امرأة تعنى بالمحضون في غيبتها، لأن الغيبة باختيارها بخلاف المرض، أما الرجل فلا تسقط حضانته بغيبته عن البيت مادام في البيت من يعنى بالمحضون من النساء، لأن الخروج ضروري له بخلاف المرأة[1].

وهل تثبت الحضانة للأعمى؟

إذا كان العمى معجزاً له عن القيام بأعباء الحضانة سقطت حضانته بالاتفاق على الوجه المتقدم، ذكراً كان أو أنثى، فإذا لم يعجزه العمى عن الحضانة، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم سقوط حضانته، لأن مبناها على الحنو، وهو لا يتأثر بذلك، ثم إن الأعمى قادر على القيام بكثير من أعباء الحضانة بنفسه مع عاهته، ويتمكن من القيام بباقي أعمال الحضانة بالاستعانة بغيره، وهذا كاف لتوفير جميع مصالح المحضون، فلا تسقط حضانته به.

وأطلق بعض الفقهاء سقوط حضانة الأعمى، وهو قول عند الشافعية، والراجح عندهم عدم سقوطها به، ومثل الأعمى الأخرس، والأطرش، والمفلوج، والسفيه، والمغفل[2]...

٧- خلو الحاضنة عما يضر بالمحضون: كمرض مُعْدٍ، أو عاهة منفردة، أو

---

(١) انظر الدسوقي ٥٢٩/٢، وابن عابدين ٥٥٧/٣ .

(٢) مغني المحتاج ٤٥٦/٣، والدسوقي ٥٢٨/٢ .

مساكنتها لإنسان يبغض المحضون، أو بينها وبين المحضون نزاع أو خلاف يخشى عليه منه، فإن وجد شيء من ذلك سقطت حضانتها، خوفاً على سلامة المحضون ومصالحه، وكذلك الإقامة في مكان غير آمن على نفس المحضون وماله، ويستوي هنا الذكر والأنثى،

٨- **المحرميَّة من المحضون الأنثى**: وذلك عند الجمهور، وهو خاص بالرجال دون النساء، لأن الحضانة في حق النساء لا تثبت لغير المحارم منهن أصلاً، وعلى ذلك لا حضانة لابن عم الأنثى لعدم المحرمية وخوف الفتنة.

هذا إذا كان المحضون أنثى، فإن كان ذكراً لم تسقط حضانة ابن عمه له لعدم الفتنة.

وهذا كله إذا كانت المحضونة بالغة سناً تشتهى فيها، وإلا -بأن كانت صغيرة لا تشتهى، ولا يخاف عليها- فلا تسقط حضانة ابن عمها لها حتى تبلغ حد الاشتهاء[1].

وقد خالف الشافعية في ذلك كما تقدم.

٩- الخلو عن الزوج الأجنبي عن المحضون، وذلك لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: (**إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي**) رواه أبو داود.

فإذا تزوجت الحاضنة، أما كانت أو غيرها، فإن كان زوجها رحماً محرماً من المحضون، كعمه، وجده، وأخيه... فهي على حقها في الحضانة، وإن كان زوجها غير محرم من المحضون، سقطت حضانتها بذلك، لاشتغالها بالزوج الأجنبي عنه، ولأن الزوج الأجنبي يتضايق منه غالباً، فإذا كان الزوج رحماً محرماً من

---

(١) انظر الدسوقي ٢/٥٢٩، وابن عابدين ٣/٥٦٤ .

المحضون لم يتأت ذلك في الغالب، فلم تسقط حضانتها لذلك، ويستوي في حال الزوج الأجنبي أن يوافق الزوج على ضمه أو لا، لأنه قد يوافق على ضمه إليه ثم يندم فيرفضه بعد ذلك فيتضرر المحضون.

وهل الزوج المَحرم للمحضون بالرضاع هنا كالمَحرم للمحضون بالرحم؟

المالكية على التسوية بينهما خلافاً للحنفية.

وعلى هذا فلو تزوجت الحاضنة أخا المحضون رضاعاً، فهي على حضانتها عند المالكية دون الحنفية.

وهل تسقط الحضانة بمجرد العقد على الحاضنة؟

ذهب المالكية إلى أن الحضانة لا تسقط إلا بالدخول، وهو قول للحنبلية، وذهب الحنفية والشافعية إلى أن العقد كالدخول في سقوط الحضانة به هنا، وهو قول آخر عند الحنبلية، هذا إذا كان العقد صحيحاً، فإذا كان غير صحيح، فإن كان متفقاً على بطلانه ويجب الحد بالدخول بعده، فلا تسقط الحضانة به، لأنه باطل لا حكم له، وإن كان متفقا على بطلانه ولكن لا يجب الحد بالدخول بعده. أو كان مختلفاً في بطلانه لدى الفقهاء، وهو الفاسد عند الحنفية، فإن الحضانة تسقط به إن تبعه دخول، وإلا لم تسقط به.

هذا واشتراط المحرمية في الزوج الذي لا تسقط حضانة الحاضنة بزواجها منه هو مذهب الحنفية، وذهب الشافعي في الأصح، والمالكية إلى أن الولي العاصب مطلقاً كالرحم المحرم هنا، فلا تسقط بالزواج منه الحضانة، كابن العم، لأن للعاصب الحضانة والولاية عندهم بالجملة، فلم يعد أجنبياً عن المحضون لذلك، فلم تسقط حضانة الحاضنة بالزواج منه، إلا أن الشافعية اشترطوا لذلك موافقته على ضم المحضون إليه، وإلا سقط حق الحضانة بالزواج منه.

وهذا الحكم خاص بالحضّان من النساء، فإذا كان الحاضن رجلاً لم تسقط حضانته بزواجه من أي امرأة بالاتفاق[1] .

إلا أن المالكية استثنوا حالات لا يسقط فيها حق الحضانة الأنثى في الحضانة بتزوجها من أجنبي عن المحضون، وهذه الحالات هي:

آ - أن لا يقبل المحضون غيرها، فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون، فإن قبل المحضون حاضنة أخرى بعدها في الدرجة سقطت حضانتها، وإلا فهي على حضانتها، رعاية لمصلحة المحضون، وهذا الحكم يعم الأم وغيرها من الحضّان.

ب - أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بتزوجها ودخول الزوج بها، ويسكت عن طلب المحضون مدة سنة فأكثر، وهذه إشارة إلى أن سقوط حضانة المتزوجة لديهم هو شخصي للحاضنة التي تليها، وليس حقاً للطفل، فإذا سكتت الحاضنة البعدى فترة أقل من سنة، أو سنة فأكثر وكانت جاهلة بحقها في الحضانة بعد الأولى، أو كانت جاهلة بزواج الحاضنة الأولى، أو جاهلة بدخول زوجها بها، أو جاهلة بأن الزوج أجنبي عن المحضون، لم يسقط حقها في طلب المحضون، وهذا يعم كل الحضّان نساءً ورجالاً.

ج - أن تأبى المكلفة بإرضاعه أن ترضعه عند حاضنته الثانية المستحقة للحضانة بعد التي تزوجت بأجنبي، إلا أن هذا الحكم خاص بالأم دون غيرها من الحضّان، وغني عن هذا إذا تزوجت الأم بأجنبي عن الطفل، وأبت مرضعته أن ترضعه عند من يلي الأم بالحضانة، ورضيت أن ترضعه عند أمه، بقيت الحضانة للأم رغم زواجها من أجنبي، وذلك لئلا يفقد المحضون أمه ومرضعته في آن واحد، وإذا كانت الحاضنة المتزوجة غير الأم، نزع

---

(١) انظر مغني المحتاج ٣/٤٥٥ .

المحضون منها وإن لم تقبل المرضعة إرضاعه عند الحاضنة الثانية.

د - أن لا يكون للمحضون حاضنة أخرى غير المتزوجة، أو كان له حاضنة أخرى غيرها ولكن قام بها مانع من موانع الحضانة كالمرض أو الفسق... وهذا عام في الحضّان جميعاً.

هـ أن يكون الأب عبداً، ففي هذه الحال يبقى المحضون عند أمه وإن تزوجت، سواء كانت الأم حرة أو رقيقة، وهذا خاص بالأم فقط.

و - أن تكون الحاضنة وصياً على المحضون، سواء كانت وصياً مختاراً أو وصياً معيناً، وسواء كانت أماً أو غيرها، وذلك على الرواية المشهورة، وفي رواية أخرى تسقط حضانتها إذا تزوجت بأجنبي وإن كانت وصياً[1].

ز - عدم الإقامة مع حاضنة سقطت حضانتها لمانع، وإلا سقطت حضانتها هي أيضاً بذلك، كإقامة الجدة مع الأم المتزوجة من أجنبي عن المحضون، وهذا على القول الراجح لدى المالكية، وفي قول آخر لديهم: لا تسقط حضانتها بذلك، ولم أر من نص عليه من فقهاء المذاهب الأخرى[2].

ح - عدم امتناع الحاضنة عن إرضاع الطفل المحضون إذا كان المحضون محتاجاً للرضاع وكانت هي أهلاً له، وهذا القول هو الأصح لدى الشافعية، وفي قولهم الثاني: لا تسقط حضانتها بالامتناع عن إرضاعه مطلقاً.

فإذا كانت غير ذات لبن، أو كان المحضون مستغنياً عن الرضاع، أو كان الحاضن رجلاً، لم يشترط هذا الشرط أصلاً، ولم أر من نص على هذا من غير الشافعية[3].

---

(١) انظر الدسوقي ٢/٥٣٠ .

(٢) انظر الدسوقي ٢/٥٢٧ .

(٣) مغني المحتاج ٣/٤٥٦ .

مكان الحضانة، وحكم انتقال الحاضنة والولي بالمحضون:

اتفق الفقهاء على أن مكان الحضانة هو المسكن الذي يقيم فيه والد المحضون، إذا كانت الحاضن أمه وهي في زوجية أبيه، وكذلك إذا كانت في عدته من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة، فإذا انقضت عدتها، أو كانت غير أمه، فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون، أو وليه، والولي هنا هو ولي النفس.

ذلك أن للأب والأولياء من بعده حق الإشراف على المحضون في أثناء حضانة أمه ومن بعدها من الحاضنات له، توفيراً لحق المحضون وحق الولي معاً، وذلك لا يتأتى إلا إذا كان المحضون مقيماً في البلد الذي يقيم فيه وليه، فإذا كان الولي أباً، وكانت الحاضنة الأم، وهي في زوجية أبيه أو عدته، وجب أن تكون الحضانة في مسكن الولي خاصة، لوجوب المتابعة على الأم، حفظاً لحق الولي.

كما اتفق الفقهاء على أنه ليس للحضّان السفر بالمحضون من بلد الولي إلى مكان آخر، توفيراً لحق المحضون وحق الولي معا كما تقدم.

إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك الأم، فأباحوا لها السفر بالمحضون في أحوال خاصة، ولم يسقطوا حضانتها به، وهذه الأحوال هي:

١- أن يكون المكان الذي تسافر إليه الأم قريباً من بلد الطفل، بحيث يستطيع والده أو وليه مطلقاً السفر إليه لرؤيته والعودة إلى بلده في نهار واحد، فإذا كان أبعد من ذلك سقطت حضانتها إن سافرت إليه، ذلك أن الانتقال إلى البلد القريب على الوجه المتقدم بمثابة الانتقال من حي إلى حي في بلد واحد، وهو مأذون به لها، أما الانتقال إلى بلد أبعد من ذلك، فمسقط لحضانة الأم، لما فيه من تفويت الإشراف من قبل الأولياء على المحضونين.

٢- أن يكون البلد القريب الذي انتقلت إليه ليس أدنى حالاً من بلد الولي، فلو انتقلت من مدينة إلى قرية سقطت حضانتها، لما يلحق المحضون من الضرر، ولو كان الانتقال من قرية إلى مدينة، أو من مدينة إلى مدينة، أو من قرية إلى قرية، جاز مادام قريباً.

إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك البلد الذي كانت تقيم الأم فيه قبل زواجها إذا كان قد عقد عليها زوجها فيه، فإذا كان كذلك جاز لها الانتقال بالمحضون إليه مطلقاً، قريباً كان أو بعيداً أفضل من بلد الولي أو مثله أو دونه، إلا أن يكون دار حرب، فإنه ليس لها الخروج بالمحضون إليه، لما في ذلك من ضرر بالمحضون، إلا أن تكون الأم حربية، فإن لها الخروج بالمحضون عند ذلك مطلقاً[١].

وذهب بعض المالكية إلى جواز انتقال الحاضنة بالمحضون مطلقاً، سواء كانت أماً أو غيرها، بشرط أن لا يكون المكان بعيداً، واختلفوا في تقدير ذلك على أقوال: إلا أن كثيراً من المالكية أطلقوا منع الحاضنة من السفر بالمحضون مطلقاً، منهم الإمام الدردري والإمام الدسوقي[٢]، وهو القول الأقوى لدى الشافعية.

وذهب الحنبلية إلى جواز انتقال الحاضنة بالمحضون إلى مادون مسافة السفر، وهو قول لدى الشافعية[٣].

سفر الولي بالمحضون في مدة الحضانة:

ذهب الحنفية إلى أنه ليس للولي أو غيره السفر بالمحضون في مدة الحضانة من بلد الحضانة إلا بإذن منها، فإذا لم تأذن، لم يكن له السفر به

(١) انظر ابن عابدين ٥٦٩/٣ – ٥٧٠ .
(٢) انظر الدسوقي ٥٣١/٢ .
(٣) انظر المغني ٢١٧/٨ – ٥١٧ .

مطلقاً، وذلك توفيراً لحقها، وحق المحضون في أن يكون عند أقرب الحاضنات إليه، سواء كان السفر إلى مكان قريب أو بعيد، ولكن يقال للولي: إما أن تبقى، وإما أن تسافر وحدك دون المحضون[1].

وذهب المالكية والشافعية والحنبلية إلى جواز سفر الولي بالمحضون، أباً كان أو غيره، في مدة الحضانة، وعدوا ذلك مسقطاً لحضانة الحاضنة، إلا أنهم اشترطوا لذلك شروطاً، هي:

آ - أن يكون السفر سفر نقلة، فإذا كان السفر طارئاً مؤقتاً كسفر تجارة أو زيارة لم يكن له أخذه معه إلا بإذن حاضنته.

ب - أن لا يكون في السفر ما يضر بالمحضون، من وعورة طريق، أو برد، أو خوف عدو... وإلا لم يكن له السفر به، ويبقى عند حاضنته.

ج - أن يقبل المحضون الرضيع غير حاضنته، فإن لم يقبل غيرها، منع السفر به، وبقي عند حاضنته توفيراً لمصلحته.

د - أن لا ترافق الحاضنة الولي في سفره، فإن رافقته فيه فهي على حضانتها، لعدم التعارض[2].

أجرة الحضانة.

أجاز جمهور الفقهاء للحاضنة أن تطلب على حضانتها أجراً، وذهب المالكية في الأصح إلى أنه لا أجرة للحاضنة إلا أن تكون فقيرة، فإن كانت فقيرة فلها أن تأكل من مال المحضون لفقرها لا للحضانة.

---

(١) انظر ابن عابدين ٣/٥٦٩ - ٥٧١ .

(٢) انظر الدسوقي ٢/٥٣١، والمغني ٨/٢١٨، ومغني المحتاج ٣/٤٥٨ - ٤٥٩ .

والأجرة واجبة لدى الجمهور في مال المحضون إن كان له مال، أمًّا كانت الحاضنة أو غيرها، في زوجية أبيه كانت أو لا، لأن الأجرة نوع نفقة، وهي واجبة في مال المنفق عليه إن كان غنياً مطلقاً، إلا الزوجة.

فإذا كان المحضون فقيرا لا مال له، نظر:

فإن كانت حاضنته أمه، فإن كانت في زوجية أبيه، أو في عدتها من طلاق رجعي من أبيه، لم تستحق أجرة لحضانتها على أحد، وذلك لاستحقاقها النفقة كاملة على الأب، وإن كانت أمه وكانت في عدتها من طلاق بائن من أبيه، فلها أجرة الحضانة على أبيه، ثم على من تجب عليه نفقة المحضون بعد الأب، وذلك لدى الجمهور، وهو قول عند الحنفية، وذلك لعدم استحقاقها نفقة على الأب، وفي القول الثاني لدى الحنفية، وهو الأرجح عندهم، ليس لها أجرة جضانة هنا، لاستحقاقها النفقة على الأب في هذه الحال عندهم.

وإن كانت الحاضنة غير الأم، أو كانت الأم وكانت مبانة من أبيه وقد انقضت عدتها، سواء تزوجت غيره أو لا، أو كانت في عدة وفاة الأب، فإن لها أجرة الحضانة على الأب، ثم على من بعده ممن تجب نفقة المحضون عليه بعده.

هذا ما لم تتبرع بالحضانة حاضنة بعدى، فإذا تبرع بالحضانة حاضنة بعدى، كأن يكون للمحضون جدة أم أم، وجدة أم أب، فتبرعت جدته لأبيه بحضانته مجاناً، ففي هذه الحال يقال لأم أمه، إما أن تحضنيه مجاناً، وإما أن تدفعيه إلى أم أبيه مجاناً.

إلا أن هذه الحالة مشروطة بأحد شروط ثلاثة:

أ- أن تكون الأجرة واجبة في مال المحضون.

ب - أو تكون الأجرة واجبة في مال أبي المحضون وهو معسر وعاجز عن الكسب.

ج - أو تكون الأجرة واجبة في مال ولي أمر آخر غير الأب وهو معسر.

فإن كانت أجرة الحضانة واجبة على الأب وهو موسر أو قادر على الكسب، أو كانت واجبة على غير الأب وهو موسر، لم تسقط الأجرة للحاضنة القربى مطلقاً، ويبقى المحضون عندها توفيراً لحقه، ويرد عرض الحاضنة البعدى بالتبرع بالحضانة، هذا ما لم تطلب القربى أجراً باهظاً فوق أجر المثل، و إلا لم تجب إلى طلبها، وتخير بين أجر المثل أو سقوط حضانتها.

فإذا كان المتبرع أجنبياً، رد طلبه، وأجيبت الحاضنة القربى إلى طلبها الأجرة[١].

سكنى الحاضنة:

نص الحصكفي الحنفي في الدر المختار، فقال: (وفي شرح النقاية للباقاني عن البحر المحيط: سئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد، وليس لها سكن مع الولد؟ فقال: على الأب سكناهما جميعاً، وقال نجم الأئمة: المختار أنه عليه السكنى في الحضانة) وقد علق ابن عابدين على ذلك، فقال: (والحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا، لكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها، فلا، لعدم احتياجه إليه)[٢].

---

(١) انظر ابن عابدين ٣/٥٦٠ - ٥٦١، والدسوقي ٢/٥٣٤، ونهاية المحتاج ٧/٢٢٥ .
(٢) انظر ابن عابدين ٣/٥٦١ - ٥٦٢ .

ومنه يتضح أن أجرة المسكن لدى الحنفية تبع للنفقة، تجب على من تجب عليه نفقة المحضون إن احتاج إليه، وذلك إذا لم يكن للحاضنة مسكن تقيم فيه، فإذا كان لها مسكن تقيم فيه، فإن الواجب عليها إسكانه معها في مسكنها دون أجر.

ونُقل عن المالكية أقوال ثلاثة:

الأول: أن السكنى للحاضنة والمحضون على من تجب عليه نفقة المحضون مطلقاً، وهو المنقول عن المدونة.

الثاني: أن السكنى على من تجب عليه نفقة المحضون بمقدار رأسه فقط، فإذا كان المحضون واحدا مع حاضنته، وجب للحاضنة نصف أجر المسكن، وإن كانا اثنين وجب لها ثلثا الأجرة، وهو القول المنقول عن سحنون.

الثالث: إن سكنى المحضون على حاضنته، ولا تستحق أجرة على ذلك، وهو المنقول عن ابن وهب.

وقد ضعف المالكية القول الثالث، واختلفوا في ترجيح القولين الأولين[١].

ولا أحسب مذهب الشافعية والحنبلية إلا كمذهب الحنفية في إيجاب السكنى للحاضنة والمحضون إن احتاجت الحاضنة إلى ذلك، وذلك لإطلاقهم العبارات بما يفيده، ومن ذلك ما ذكره الشربيني فقال: (ومؤنة الحضانة في مال المحضون، فإن لم يكن له مال، فعلى من تلزمه نفقته، لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، ولهذا ذكرت عقيب النفقات)[٢].

---

(١) انظر الدسوقي ٥٣٣/٢ – ٥٣٤، وابن جزي ص ٢٤٩ .

(٢) انظر مغني المحتاج ٤٥٢/٣ .

انتهاء الحضانة:

اتفق الفقهاء على انتهاء الحضانة في حق المجنون والمعتوه بإفاقتهما، وبموت المحضون مطلقاً، وذلك لانقضاء العلة الموجبة للحضانة، تطبيقاً للقاعدة الفقهية الكلية: الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

أما انتهاء الحضانة على الصغار، فمداره على انقضاء حاجتهم إلى الحضانة، كما في المجنون والمعتوه، وذلك لدى عامة الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في أوصاف ذلك على مذاهب على النحو التالي:

فذهب الحنفية: في رواية إلى أن الحضانة على الذكر تنتهي ببلوغه سبع سنين، وهذه هي الأقوى الذي عليه الفتوى عندهم، وفي رواية أخرى: تنتهي ببلوغه تسع سنين، لأنه بذلك يستطيع القيام بحوائجه الخاصة بنفسه غالباً، مثل الطعام، واللباس، والاستنجاء.... أما الأنثى، ففي ظاهر الرواية: إذا كانت الحاضنة هي الأم، أو الجده لأم كانت أو لأب، فإن الحضانة عليها تستمر إلى بلوغها أو زواجها، ويكون البلوغ بالحيض أو ببلوغ سن الخامسة عشرة، وهو مذهب الصاحبين، وقال الإمام أبو حنيفة يكون بالسابعة عشرة بدلاً من الخامسة عشرة، وإن كانت الحاضنة غير الأم والجدة، فالحضانة تنتهي ببلوغ المحضونة حد الاشتهاء، وقدَّره الحنفية بتسع سنين، وروي عن الأمام محمد بن الحسن أن الحضانة على الفتاة الأنثى تنتهي ببلوغها حد الاشتهاء مطلقاً، سواء كانت الحاضنة الأم أو الجدة أو غيرهما.. قال صاحب الدر المختار: وبه نفتي لكثرة الفساد، وقال ابن عابدين تعليقاً على ذلك: قال في البحر بعد نقل تصحيحه: والحاصل أن الفتوى على خلاف ظاهر الرواية(١). فإذا بلغ المحضون

---

(١) انظر ابن عابدين ٣/٥٦٧ .

حد انتهاء الحضانة عليه بحسب ما تقدم، ضم إلى وليه وجوباً، وهو هنا ولي النفس، فإذا أبا الولي ذلك أجبر عليه، وإذا أبا المحضون ذلك أجبر عليه أيضاً فإذا بلغ المحضون النكاح بالفعل أو السن، فإن كان ذكراً، أو أنثى ثيباً، أو كانت بكراً طاعنة في السن ولها رأي، خير بين المقام مع وليه أو حاضنته، فإن اختار أحدهما أجيب إلى اختياره، وإن اختار المقام منفرداً عنهما، أجيب إلى طلبه أيضاً، ما لم يكن غير مأمون، فإن كان غير مأمون ضم إلى وليه جبراً للحفظ، هذا إذا كان الولي الأب أو الجد، فإن كان غيرهما فكذلك، ما لم يكن المحضون أنثى، والولي غير مَحْرم لها أو غير مأمون عليها، فإن كان كذلك لم تضم إليه، ولكن يضمها القاضي إلى امرأة أمينة تساكنها، وإن كان المحضون أنثى بكراً حديثة السن، أو ثيباً غير مأمونة، أو بكراً طاعنة في السن غير مأمونة، ضمت إلى وليها جبراً، إلا أن يكون غير محرم أو غير أمين، فإن القاضي يضمها إلى امرأة أمينة تساكنها.

وذهب المالكية: إلى أن الحضانة على الصبي الذكر تستمر إلى بلوغه، أما الأنثى فتستمر عليها إلى زواجها ودخول الزوج بها، سواء كان الزوج بالغاً أو غير بالغ[1].

وذهب الشافعية: إلى أن الحضانة تستمر على المحضون حتى التمييز، ذكراً كان أو أنثى. فإذا ميَّز المحضون -وهو في السابعة غالباً- خُيِّر بين وليه وحاضنته مطلقاً، مادام كل منهما أهلاً للحضانة، فإن اختار أحدهما دفع إليه، فإذا عاد فاختار الثاني بعد ذلك نقل إليه، وهكذا كلما عدل في اختياره، لأنه قد يتغير حال الحاضن، أو يتغير رأي المحضون فيه بعد الاختيار، إلا أنه إذا تكرر منه

---

(١) انظر الدسوقي ٢/٥٢٦ .

العدول حتى عد القاضي ذلك اختلالاً في التمييز، ألغى اختياره وأودعه حاضنته كغير المميز.

هذا إذا كان كل من الولي والحاضنة أهلاً للحضانة، فإذا كان أحدهما غير أهل لها لنقصان شرط، أو قيام مانع، دون الثاني، أودع لدى الثاني جبراً، وكذلك إذا اختار المحضون أحدهما فرفض حضانته، فإنه يودع لدى الثاني جبراً.

فإن رفضا حضانته معاً، خير بين من يليهما في الدرجة، وهكذا... مادام المحضون معافاً، فإذا مرض المحضون، ذكراً كان أو أنثى، فالأم أحق بتمريضه مادامت قادرة على ذلك، ولكن تمرضه في بيت الولي إن قبل الولي بذلك، وإلا ففي بيتها.

ثم إذا اختار المحضون الأب كان عنده ليلاً ونهاراً، ذكراً كان المحضون أو أنثى، فإذا اختار الأم، فإن كانت أنثى كانت عندها ليلاً ونهاراً، وإن كان المحضون ذكراً، كان عند أمه ليلاً، وعند أبيه نهاراً، ليؤدبه ويعلمه، ويشرف على تربيته.

فإذا رفض المحضون الاختيار بين الولي والحاضنة، أو اختارهما معاً، أقرع بينهما، وقيل يكون مع الأم إن رفض الاختيار.

هذا كله مادامت الحاضنة والولي مقيمين في بلد واحد، فإن سافر أحدهما، فإن كان سفر حاجة، كان المحضون المخيَّر مع المقيم منهما إلى أن يعود المسافر، سواء كان المسافر الولي أو الحاضنة، وسواء كان السفر طويلاً أو قصيراً، فإذا كان السفر للإقامة، كان الولد المحضون مع الولي، مادام الطريق آمناً، وإلا بقي مع المقيم منهما[1].

---

(١) انظر مغني المحتاج ٣/٤٥٦ – ٤٥٧، ونهاية المحتاج ٧/٢٣١ – ٢٣٢ .

وذهب الحنبلية: في الغلام الذكر مذهب الشافعية، فيكون عند حاضنته حتى السابعة وهي سن التمييز، ثم يخيَّر بين وليه وحاضنته على الوجه المتقدم.

أما المحضونة الأنثى، فإنها تكون عند حاضنتها إلى السابعة، ثم تنتقل إلى الولي جبراً، ولا تخيَّر، بخلاف الغلام، وذلك لحاجتها أكثر من الغلام إلى الحفظ والصيانة، والولي أقوى على ذلك غالباً[1].

سقوط الحضانة وعودها:

تقدمت الإشارة إلى اتفاق الفقهاء على سقوط الحضانة نهائياً بزوال مبرراتها وموجباتها، وذلك في حالين:

أ- وفاة المحضون.

ب - بلوغ نهاية سن الحضانة، وذلك على اختلافهم في هذه السن كما تقدم.

كما اتفقوا على سقوط الحضانة عن الحضّان بقيام مانع منها، كزوال شرط من شروطها، مثل الزواج من أجنبي عن المحضون، أو المرض.... وعندها تنتقل إلى حاضنة بعدها في الدرجة بحسب تسلسل الحاضنات -كما تقدم- واتفقوا على سقوطها عن الحاضنة بإسقاطها لها بإرادتها، هذا ما لم تصبح الحضانة متعينة عليها، وذلك بأن لا يكون للمحضون حاضنة أخرى، أو يكون ولا تقبل بحضانته، وتتعرض حاله للخطر، فإذا لم يكن للمحضون حاضنة أخرى، أو كان وامتنعت وتعرضت مصالح المحضون للخطر، ألزمت الحاضنة بالحضانة وجوباً، تقديماً لحق المحضون، الذي فيه حق الله تعالى.

فإذا سقطت الحضانة بإسقاط الحاضنة لها، أو بقيام مانع من الحضانة، فهل تعود إليها إذا طلبتها ثانية إذا زال المانع؟

---

(١) انظر المغني ٢١٦/٨ -٢١٧ .

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

فذهب الحنفية والشافعية والحنبلية، إلى أن الحضانة إذا سقطت لقيام مانع أو لإسقاط مستحقها لها، ثم زال المانع وعاد صاحبها إلى طلبها، فإنها تعود له، أمّا كانت الحاضنة أو غيرها، وذلك تقديماً لحق المحضون، وقد علل الحنفية ذلك بأنها حق متجدد فلا يسقط، ونص على ذلك ابن عابدين فقال: (أي ليس من قبيل عود الساقط حتى يقال: إن الساقط لا يعود، فقولهم: يسقط حقها، معناه منع منه مانع، كقولهم: تسقط النفقة بالنشوز، والولاية بالجنون، ثم تعود بزوال ذلك، أفاده في النهر، وقد يقال: إن الساقط لم يعد بل عاد حق جديد، لقيام سببه، بخلاف سقوط الشفعة، لأنها حق واحد كما مر)[1].

كما اتفقوا على أن عودة الحضانة إليها تكون فور زوال المانع مع طلبها لها، إلا أنهم اختلفوا في تفضيل ذلك:

فإذا كان المانع غير الزواج، كالمرض، والامتناع منها بدون عذر، عادت الحاضنة إليها فور زوال المانع مع مطالبتها بها.

أما إذا كان المانع هو الزواج، فقد ذهب الحنبلية وجمهور الشافعية إلى أنها تعود إليها فور انتهاء الزواج، سواء كان ذلك بوفاة الزوج، أو بفسخ الزواج، أو بالطلاق، رجعياً كان أو بائناً، دون الحاجة إلى انتظار انتهاء مدة العدة، وذلك لزوال المانع.

وذهب الحنفية والمزني من الشافعية إلى التفريق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن والفسخ والوفاة، فإذا زال الزواج بغير الطلاق الرجعي، فإن الحضانة تعود إليها فور الفرقة كما تقدم، فإذا زال الزواج بالطلاق الرجعي، فلا

---

(١) انظر ابن عابدين ٣/٥٦٦ .

تعود الحضانة إليها إلا بعد انتهاء العدة، لأن المعتدة من رجعي زوجة حكماً، بدليل جواز عود زوجها إليها أثناء العدة بدون عقد جديد[1].

وذهب المالكية إلى تفصيل ذلك على النحو التالي:

أ- إذا سقطت الحضانة بزواج الحاضنة، فإنها لا تعود إليها بزوال هذا الزواج مطلقاً.

ب - فإذا سقطت بامتناعها عنها بدون عذر، ثم عادت لطلبها، فإنها لا تعود إليها على المشهور، إلا أن ترضى الحاضنة البعدى صاحبة الحق بها بعدها بذلك، فإن رضيت البعدى بعود الحضانة للأولى عادت إليها.

إلا أن المالكية ذكروا أن للأب هنا التدخل ومنع عودها إليها في هذه الحال، إلا أن تكون الحاضنة الأم، فإنه ليس له منع عودتها إليها لحق المحضون.

وذلك كله اعتماداً منهم على القاعدة الفقهية القائلة (الساقط لا يعود)[2].

وفي قول ضعيف للمالكية: تعود الحضانة للحاضنة الأولى في هذه الحال إذا طلبتها مطلقاً، كمذهب الجمهور.

فإذا سقطت الحضانة عن الحاضنة البعدى بعد ذلك لزواجها أو مرضها، أو وفاتها، فهل تعود للحاضنة الأولى إذا طلبتها وقد زال المانع عنها؟

للمالكية في ذلك قولان، الأقوى منهما أنها لا تعود، ولكن تنتقل إلى حاضنة أخرى بعدهما، وفي قول آخر ضعيف: تعود عند ذلك للحاضنة الأولى إذا طلبتها وقد زال المانع.

ج - فإذا سقطت الحضانة بغير فعل اختياري من الحاضنة أصلاً، كمرضها، أو

---

(١) انظر ابن عابدين ٥٦٦/٣، ومغني المحتاج ٤٥٦/٣، والمغني ٢٢٤/٨ .

(٢) انظر المادة /٥١/ من مجلة الأحكام العدلية.

سفرها للحج، أو سفر الولي بالمحضون... فإنها تعود إليها بعد زوال المانع مطلقاً، ما لم تتركها مدة سنة فأكثر بعد زوال المانع دون طلب، فإن أهملتها سنة فأكثر وقد زال المانع ثم طلبتها لم تجب إليها.

إلا أن المالكية نصوا على أن الحضانة إذا سقطت لمانع ثم زال هذا المانع قبل علم الحاضنة التي بعدها بذلك ومطالبتها بها، فإنها تعود للحاضنة الأولى إذا طلبتها إذا زال المانع، وذلك لعدم ثبوت حق الثانية بها بعد، فإن علمت الحاضنة الثانية بالمانع فطالبت بها، فإن كان ذلك قبل سنة من قيام المانع أجيبت إلى طلبها، ونقلت الحضانة إليها، فإن كان طلبها بعد سنة من المانع لم تجب إلى طلبها[١].

رؤية المحضون:

نص الشافعية والحنبلية على أن لكل من الحاضنة والوليّ -ولي النفس- أن يرى المحضون إذا لم يكن عنده.

وعلى هذا فللولي رؤية المحضون عندما يكون عند حاضنته، ولحاضنته رؤية المحضون عندما يكون عند وليه، وحددوا لذلك مرة في الأسبوع أو كل بضعة أيام، إلا أنهم نصوا على أن المحضون إن كان عند وليه، فإنه يكون عنده ليلاً ونهاراً، ذكراً كان أو أنثى، ولحاضنته رؤيته في كل بضعة أيام، فإن أرسله وليه إليها تأدى ذلك، وإن منعه من الذهاب إليها وجب عليه أن يأذن لحاضنته بالقدوم إليه ورؤيته في بيته، واستحسنوا أن تكون الزيارة من الحاضنة للمحضون إن كان أنثى، وأن يكون من المحضون لحضانته إن كان المحضون ذكراً.

---

(١) انظر الدسوقي ٢/٥٣٢ - ٥٣٣، وابن جزي ص ٢٤٨ .

فإن كان المحضون عند حاضنته، فإن كان المحضون أنثى، فإنها تكون عند حاضنتها ليلاً ونهاراً، ولوليها زيارتها كل بضعة أيام، وليس على الحاضنة إرسالها إليه.

وإن كان المحضون ذكراً، كان عند حاضنته ليلاً فقط، وعند وليه نهاراً، ليتسنى له تعليمه ورعايته.

فإذا مرض المحضون واحتاج إلى الرعاية، قام على تمريضه حاضنته في بيتها مطلقاً عند الحنبلية، وذكر الشافعية مثل ذلك إذا رضي الولي، أو كان المحضون عند حاضنته، فإن كان المحضون عند الولي ولم يرض بنقله إلى حاضنته، وجب عليه أن يأذن لها بتمريضه في بيت الولي[1].

وقد نص الحنفية على مثل ما ذكره الشافعية والحنبلية، وذكروا أن لكل من الولي والحاضنة رؤية المحضون إذا كان عند الآخر، إلا أنهم نصوا على أن كلاً من الولي والحاضنة لا يجبران على إرسال المحضون إلى الآخر لرؤيته في منزله، ولكن يؤمران بالإذن برؤيته في مكان وجوده، أو إرساله إلى مكان يمكن للآخر رؤيته فيه، ولم يحددوا لذلك مدة معينة تتم الرؤية فيها دورياً، إلا أن فحوى نصوصهم تفيد أن لكل من الحاضنة والولي رؤية المحضون كل يوم مرة. من ذلك ما نص عليه الحصكفي، فقال: (ليس للمطلقة بائناً بعد عدتها الخروج بالولد من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت، فلو بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يرى ولده ثم يرجع في نهاره لم تمنع) كما نص فقال: (وفي الحاوي: له إخراجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم، كما في جانبها فليحفظ)[2].

---

(١) انظر مغني المحتاج ٤٥٧/٣ – ٤٥٨، والمغني ٢١٧/٨ .

(٢) انظر ابن عابدين ٥٦٩/٣ – ٥٧١ .

النسب

التعريف:

النسب هو صلة القرابة بالآباء والأمهات، فإذا ثبت النسب من هؤلاء ثبت تبعا لذلك من أقربائهم، واتصل بالأجداد والجدات، وبالأحفاد والأسباط.

وقد عني الإسلام بالنسب عناية كبيرة، لما فيه من تشريف وتكريم للإنسان، لأن الإنسان إذا افتقد نسبه افتقد كرامته، والنسب بين الناس هو أشرف الصلاة بعد الإسلام، لأنه أمارة العفة في الدنيا، قال تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿٥٤﴾﴾ [الفرقان:٥٤].

ولهذا فقد أحاط الإسلام النسب بسياج منيع وضابط قوي حاصر، صونا للأسرة والمجتمع، من الأدناس والريب والماسي والفضائح المخزية، وخاطب الآباء والأمهات والأولاد بما يوقظ الضمائر ويهز النفوس، وحذرهم تحذيرا رهيبا من العبث به.

فقال النبي ﷺ للآباء: «**وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين**» رواه أبو داود والنسائي وغيرهما، وقال للأمهات: «**أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته**» رواه أبو داود والنسائي وغيرهما، وقال للأولاد: «**من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام**» متفق عليه.

ولم يشرع الإسلام للنسب في الأصل إلا الزواج الشرعي، وما يجري مجراه، وألحق به ملك اليمين، وأبطل كل ما سوى ذلك، وجعله تجاوزا آثما وعدوانا محرما، فقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ ﴿٥﴾﴾ [المؤمنون:٥]، ولا

يقر الإسلام الزنا، ولا يثبت النسب بالتبني ولا بالالتقاط، ولا يقيم لذلك وزنا، ولا يثبت بها نسبا، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾﴾ [الأحزاب:٤].

أسباب ثبوت النسب:

ينسب الإنسان إلى أبيه وأمه، فأما نسبه إلى أمه فيثبت بمجرد الولادة منها، سواء كان ذلك بعد زواج صحيح أو فاسد أو زنا.

أما نسبه إلى أبيه فلا يثبت إلا بثلاثة أسباب، هي: الفراش، والإقرار، والبينة، ولكل من هذه الأسباب الثلاثة شروط لا بد من توفرها جميعا لثبوت النسب بها، وإلا لم يثبت، وهي كما يلي:

أولا- الفراش، قال رسول الله ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**» رواه البخاري، والفراش هو عقد الزواج، لأن عقد الزواج يترتب عليه حل الاتصال بلا منازع ولا مشارك، فتكون ثمرته الولد، فينسب إلى صاحب الفراش لذلك.

شروط ثبوت النسب بالفراش:

١- أن يكون العقد صحيحا مستوفيا لشروطه الشرعية كاملة.

٢- أن يكون الزوج بالغا، فإذا كان صغيرا دون البلوغ لم يثبت نسب ولد زوجته منه، لاستحالة أن يكون الولد منه، والجزم بأنه من غيره.

٣- إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد الصحيح عرفا، وهذا لأن المخالطة الزوجية هي السبب الحقيقي في ثبوت النسب، ولكن لا اطلاع لأحد عليها، فأقيم سببها وهو إمكان التلاقي عرفا، بزوال الموانع منه بين الزوجين مقامها، للقاعدة الفقهية الكلية: (إذا كانت علة الحكم خفية أو غير منضبطة ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها)، وعليه فإذا تزوج مشرقي بمغربية، ولم يسافر أحدها إلى الآخر فوضعت الزوجة ولدا بعد ستة أشهر من عقد الزواج، لا يثبت نسبه من الزوج، إلا أن يقر به الزوج من غير تصريح بأنه

من الزنا، فإذا أقر به ثبت نسبه منه بإقراره لا بالفراش، وهذا مذهب الجمهور.

ومن أمثلة المانع الحسي حبس أحد الزوجين في مكان، بحيث يمتنع عليهما الاجتماع مطلقا، و تطليق الزوج زوجته وهما في مجلس العقد.

وخالف في هذا الحنفية وقالوا: شرط ثبوت النسب عدم استحالة أن يكون منه عقلا لا عرفا، وذلك بأن لا يوجد مانع يمنع الاتصال بينهما عقلا، وعليه فلو تزوج مشرقي بمغربية فولدت لستة أشهر من العقد، نسب إليه، لإمكان أن يكون منه عقلا بمعجزة، وذلك صيانة للولد، وتشوفا لإثبات نسبه منه بأوهى الأدلة.

و قد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الجمهور، ونص عليه في المادة /١٢٩/ منه، والقانون الكويتي للأحوال الشخصية أخذ بذلك أيضا، ونص عليه في المادة /١٦٩/ .

٣ . و يشترط لثبوت النسب أيضا من الزوجة أن تلد الزوجة الولد بعد مضي ستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد، لأن هذه الفترة هي أقل مدة الحمل، فلو ولدته لأقل منها لا يثبت نسبه منه، إلا أن يقر به الزوج من غير تصريح بأنه منه من الزنا، فإن أقر به ثبت نسبه منه بإقراره –كما سوف يأتي– حملا لحاله على الصلاح، وصونا للأعراض من التقول، و للأولاد من الضياع.

وهذا كله إذا لم يتبع العقد فرقة بين الزوجين، فإذا تبعه فرقة بطلاق أو غيره، فالحكم كما يلي:

ثبوت النسب بعد الفرقة:

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول، فإما أن تكون الفرقة إثر طلاق رجعي، أو إثر طلاق بائن أو إثر دخول.

فإن كانت الفرقة إثر طلاق رجعي، فهي كما يلي:

١. فإن ولدته في أثناء العدة ثبت النسب من المطلق، لقيام الزوجية، كما في المادة (١٧٠) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

٢- و إن ولدته بعد انقضاء عدتها، أو بعد إقرارها بانقضائها، ثبت النسب إذا ولدته لأقل من ستة أشهر قمرية من تاريخ الانقضاء أو الإقرار (مادة: ١٧٠/ ب) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ويحمل ذلك على أن مطلقها خالطها أثناء العدة، فيثبت النسب كما تثبت الرجعية.

وإن كانت الفرقة من طلاق بائن أو وفاة، ففي الأمر تفصيل:

١ . فإن لم تقر المعتدة بانقضاء عدتها ثبت نسبه من مطلقها إذا جاءت به خلال سنة شمسية (٣٦٥ يوما) من تاريخ البينونة أو الوفاة، إذ يعتبر الحمل حاصلا أثناء الزوجية، وذلك بناء على ما اختاره قانونا الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٣٠)، والكويتي في المادة (المادة١٧١ /أ) من أن أكثر مدة الحمل سنة شمسية. خلافا للمذاهب الفقهية جميعا في اعتبار أكثر مدة الحمل سنة قمرية عند بعض المالكية، وسنتين عند الحنفية، و أربع سنين عند الشافعية وظاهر مذهب الحنبلية، وفي رواية أخرى عندهم سنتين.

٢- وإن أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمله، فإنه يثبت نسبه إذا ولدته في أقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها بانقضاء عدتها، ولأقل من سنة شمسية من وقت البينونة أو الوفاة، (المادة : ١٧١/ ج) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي. وإلا فلا يثبت وذلك لظهور كذبها بيقين بإقرارها بانقضاء عدتها.

ثبوت النسب في الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد: هو الذي اختل فيه شرط من شروط صحته، كالزواج من غير شهود.

ولا يترتب على الزواج الفاسد حكم قبل الدخول، وهو كالباطل حيث يجب فسخه دون ترتب حكم ما عليه.

فإن حصل الدخول كان فيه إثم دون الزنا لشبهة العقد، ووجب التفرق أيضا، لكن تترتب عليه بسبب الدخول حرمة المصاهرة، ووجوب العدة، وثبوت المهر، كما يثبت النسب، لكن هذا مشروط بما يلي:

١ـ بأن يولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ المخالطة الحقيقية: (المادة: ١٧٢ / أ) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

٢ . فإن وقعت الفرقة بالقضاء أو بالمتاركة فلا يثبت نسبه إلا إذا كانت الولادة قبل مضي سنة شمسسة على الفرقة، (المادة: ١٧٢ /ب) من القانون الكويتي للأحوال الشخصية.

ثبوت النسب في الدخول بشبهة :

ويتمثل ذلك في صور عديدة منها اتصال الزوج بزوجته المطلقة ثلاثا في عدتها على ظن أنها تحل له، ومنها أن تزف إليه غير زوجته دون أن يعلم بذلك، ويجب في هذه الحال التفريق بينهما إن لم يتفرقا من قبل أنفسهما بعد زوال الشبهة.

ولو جاءت بولد بعد الاتصال، فالحكم فيه كالحكم في الفرقة بعد الزواج الفاسد الذي تبعه دخول، فيثبت نسبه إن ولد لستة أشهر فأكثر من وقت المخالطة، و لأقل من سنة شمسية من تاريخ التفريق أو المتاركة.

ثانيا : الإقرار الصحيح بالنسب :

كما يثبت النسب بالفراش يثبت بالإقرار.

و الإقرار هو الإخبار بحق ثابت على النفس.

إلا أن للإقرار الصحيح الذي يثبت به النسب شروطاً لا بد من توافرها، وإلا

لم يصح ولم يثبت به النسب، وهذه الشروط هي:

١ - أن يكون المقر كامل الأهلية: عاقلا بالغا رشيدا مختارا غير مكره. وهذا شرط عام في كل إقرار.

٢- أن يكون الولد المقر له بالنسب مجهول النسب غير معروف نسبه من أحد، و إلا كان الإقرار بنسبه تبنيا يكذبه الشرع، ولا يرتب عليه حكماً.

٣ - و أن يكون المقر له بالنسب ممن يولد مثله لمثله في العادة، ويمكن أن يكون أبا له باعتبار السن، وإلا كان كاذبا في الظاهر وفي العقل في إقراره.

٤- أن يصدق المقر له بالنسب من أقر له به إذا كان ممن يعبر عن نفسه، كالمميز والبالغ، أما الصغير الذي لا يعبر عن نفسه فيثبت نسبه بمجرد الدعوة والإقرار، لما فيه من المصلحة للصغير من ثبوت النسب ووجوب النفقة له وغير ذلك.

٥- أن يكون المقر له حيا عند الإقرار له بالنسب، فإن كان ميتا لم يصح الإقرار، ولم يثبت به له نسب.

٦ - أن لا يصرح في إقراره بأنه ابنه من الزنا، فإن صرح بذلك لم يثبت نسبه منه به.

٧ - أن لا يكون في الإقرار حمل النسب على غيره، فإن قال هو ابني ثبت نسبه منه لأنه حمله على نفسه، وإن قال هو أخي فقد حمله على أبيه، فلا يثبت نسبه منه بإقراره حتى يصدقه الأب، فإن صدقه ثبت به النسب بتصديق الأب، وإلا لم يثبت.

فإذا توافرت هذه الشروط كلها في الإقرار صح الإقرار و ثبتت به بنوة المقَر له من المقِر، فلا يملك بعد ذلك الرجوع عن إقراره، لأن النسب إذا ثبت لا يبطل بالرجوع.

وإذا ثبت النسب ترتب عليه كل أحكامه من القرابة والنفقة والإرث وسائر الأحكام التي تتطلب النسب وتبنى عليه.

و لو أقرت المرأة ببنوة ولد، ففي هذا صور:

١. ألا تكون عند الإقرار متزوجة ولا معتدة من زواج، فتقر بأمومتها لولد، فهي والرجل في ذلك سواء، لما أن الإقرار حق لها، فتملكه كالرجل، وليس فيه تحميل النسب على الآخرين، فيثبت نسبه منها إذا وجدت الشروط المذكورة آنفا.

٢. أن تكون متزوجة أو معتدة من زواج صحيح، أو زواج فاسد تبعه دخول، أو وطء بشبهة، و تدعي أن هذا الولد ابنها من هذا الزوج، أو من هذا الواطئ، فإن صدَّقها الزوج أو الواطئ ثبت نسبه منها ومنه أيضا، فإذا كذبها، لم يثبت نسبه منه ولا منها، لأنها تدعي تحميل النسب عليه، فلا تصدق بإقرارها.

ثالثا : البيِّنة:

كما يثبت النسب بالزوجية و الإقرار يثبت بالبينة.

فإذا ادعى شخص بنوة آخر أو أبوته أو أخوته وأنكر المقر له ذلك، كان للمدعي أن يثبت دعواه بالبنية، وهي هنا: شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين من العدول، فإن أقامها ثبت نسب المقر له، والتزم كل من الطرفين بما يترتب على هذا النسب من حقوق.

والشهادة هنا تقوم على التسامع، فإذا غلب على ظن إنسان من قرائن الأحوال أن فلانا هو ابن فلان، جاز له الشهادة له بذلك، على خلاف الشهادة على سائر الحقوق الأخرى، فلا تصح إلا على المعاينة.

ثبت المراجع

تسلسل	اسم المرجع	اسم المؤلف	الطبعة
	كتب الحديث الشريف		
١	جامع الأصول	ابن الأثير	حلواني وملاح ودار البيان
٢	نيل الأوطار	الشوكاني	مصطفى البابي الحلبي
٣	بلوغ المرام	ابن حجر العسقلاني	في هامش سبل السلام عليه
٤	سبل السلام	الصنعاني	التجارية
٥	تيسير الوصول	ابن ربيع الشيباني	السلفية
٦	السنن الكبرى	البيهقي	الأولى
٧	كشف الخفاء	العجلوني	إحياء التراث العربي
	كتب الفقه الحنفي		
٨	الدر المختار	الحصكفي	في هامش ابن عابدين عليه
٩	رد المحتار	ابن عابدين	البابي الحلبي الثانية
١٠	الأشباه والنظائر	ابن نجيم	في هامش حاشية الحموي
١١	حاشية الحموي	الحموي	؟
١٢	بدائع الصنائع	علاء الدين الكاساني	الأولى
١٣	فتح القدير	ابن الهمام	الأولى
١٤	اللباب في شرح الكتاب	الميداني	محمد علي صبيح
١٥	البحر الرائق	ابن نجيم	شركة بالقاهرة
١٦	تحفة الفقهاء	علاء الدين السمرقندي	جامعة دمشق
١٧	الاختيار لتعليل المختار	عبد الله بن محمود	مصطفى البابي الحلبي

	كتب الفقه المالكي		
١٨	متن خليل	خليل بن إسحق	مكتبة عباس
١٩	الشرح الكبير	الدردير	في هامش الدسوقي عليه
٢٠	حاشية الدسوقي	عرفة الدسوقي	عيسى البابي الحلبي
٢١	بداية المجتهد	ابن رشد	الإمبابي
٢٢	منح الجليل	محمد عليش	؟
٢٣	شرح الخرشي	محمد الخرشي	الأولى
٢٤	القوانين الفقهية	ابن جزي	دار العلم للملايين
	كتب الفقه الشافعي		
٢٥	مغني المحتاج	الشربيني الخطيب	مصطفى البابي الحلبي
٢٦	نهاية المحتاج	شمس الدين الرملي	مصطفى البابي الحلبي
٢٧	المجموع شرح المهذب	محي الدين النووي	مطبعة الإمام بالقلعة
	كتب الفقه الحنبلي		
٢٨	المغني	ابن قدامة المقدسي	مطبعة الإمام بالقلعة
٢٩	الإقناع	شرف الدين المقدسي	؟
٣٠	الفروع	ابن مفلح	؟
٣١	الموافقات	الشاطبي	؟
٣٢	المُحلَّى	ابن حزم	مطبعة الإمام بالقلعة
٣٣	مجلة الأحكام العدلية	جماعة من العلماء	؟

الفهرس العام

الموضوع	الصفحة

الكتب العلمية المطبوعة للمؤلف

١ - أحكام المرأة في الفقه الإسلامي.
٢ - بحوث في الفقه الإسلامي.
٣ - فقه المعاوضات في الفقه الإسلامي.
٤ - المدخل الفقهي (القواعد الكلية والمؤيدات الشرعية).
٥ - الأحوال الشخصية(الأهلية والنيابة الشرعية والوقف والوصية والمواريث).
٦ - أحكام الوقف في الفقه الإسلامي.
٧ - دعوى الحسبة في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي.
٨ – أنوار الحُجج في أسرار الحِجج (تحقيق وتقديم).
٩ - الدرر الحسان في أحكام الحج على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.
١٠ - مشكلات أسرية وعلاجها على ضوء الشريعة والقانون.
١١ - بحوث وفتاوى فقهية معاصرة (١).
١٢ - بحوث وفتاوى فقهية معاصرة (٢).
١٣ - أحكام المرضى في الفقه الإسلامي(مراجعة وتعليق) .
١٤ - الكفاية في أحكام المواريث(تحقيق وتعليق) .
١٥ - موجز أحكام الزكاة.
١٦ – الأحوال الشخصية (الزواج).
١٧ - الأحوال الشخصية (الطلاق).
١٨ – الأحوال الشخصية التركات (والمواريث).